<36610761700013

Das

Obligationenrecht

als

Theil des heutigen Römischen Rechts.

Von

Friedrich Carl von Savigny.

Zweiter Band.

Berlin.
Bei Veit und Comp.

1853.

Inhalt

des zweiten Bandes des Obligationenrechts.

Zweites Kapitel. Entstehung der Obligationen.

Zweites Kapitel.

Entstehung der Obligationen.

---

§. 51.

Einleitung.

Die Entstehung der Obligationen erscheint in zwei verschiedenen Gestalten: entweder als ursprüngliche Entstehung, oder als Umwandlung (Metamorphose), in welchem letzten Fall die Fortdauer einer und derselben Obligation (nur in veränderter Gestalt) vorausgesetzt wird. Dieser Gegensatz ist an sich auch auf andere Arten der Rechtsverhältnisse anwendbar; die häufigste und wichtigste Anwendung aber findet er gerade bei den Obligationen (a). Beide Arten der Entstehung sind hier besonders zu betrachten.

I. Bei der ursprünglichen Entstehung kommt folgende verschiedene Ausdrucksweise der Römischen Juristen in Betracht, die leicht als eine Verschiedenheit der Meinungen aufgefaßt werden könnte.

A. Zuweilen wird gesagt, es gebe nur zwei Entstehungsarten: ex contractu und ex delicto, so daß

(a) Vgl. System Bd. 1 § 59 S. 393, Bd. 3 § 104 S. 4.

alle Obligationen auf eine derselben zurückgeführt werden müßten (b).

B. In mehreren Stellen dagegen werden diesen beiden Entstehungsarten zwei andere hinzu gesellt, wodurch vier Arten hervorgehen.

Es soll nämlich Obligationen geben, die non proprie ex contractu entstehen, wohl aber quasi ex contractu (c).

Eben so auch andere, die non proprie ex maleficio entstehen, wohl aber quasi ex maleficio (d), oder quasi ex delicto (e).

Anderwärts werden diese vier Entstehungsarten geradezu aufgezählt (f).

C. Endlich werden einmal scheinbar dreierlei Entstehungen angegeben: ex contractu, ex maleficio, aut proprio quodam jure, ex variis causarum figuris (g). Diese letzte Ausdrucksweise ist jedoch augenscheinlich von der vorhergehenden nicht wesentlich verschieden, indem sie blos die zwei letzten Entstehungsarten in einen einfachen, unbestimmteren Ausdruck zusammen faßt.

(b) Gajus III. § 88: „(Nunc transeamus) ad obligationes. Quarum *summa divisio* in *duas species* deducitur: *omnis enim obligatio* vel ex contractu nascitur, vel ex delicto." — Uebereinstimmend, nur in weniger scharfen Ausdrücken: Gajus IV. § 2, und § 1 *J. de act.* (4. 6).

(c) *Pr. J. de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27), eben so in der Rubrik dieses Titels. — *L.* 5 § 1 *de O. et A.* (44. 7).

(d) *Pr. J. de obl. quae quasi ex del.* (4. 5). — *L.* 5 § 4. 5. 6 *de O. et A.* (44. 7).

(e) Quasi ex delicto steht in der Rubrik der Institutionen (4. 5).

(f) § 2 *J. de obl.* (3. 12).

(g) *L.* 1 *pr. de O. et A.* (44. 7).

Eher könnte man bei der ersten Ausdrucksweise an eine wirkliche Meinungsverschiedenheit denken, indem man dieselbe so auffaßte, als sollte das Dasein der Obligationen quasi ex contractu und quasi ex delicto verneint werden. So ist es aber in der That nicht, sondern der Unterschied liegt nur darin, daß einige Stellen, der Kürze wegen, nur die zwei wichtigsten Arten angeben, anstatt daß andere Stellen, vollständiger, noch zwei Arten hinzufügen, die nach der Analogie der beiden ersten gebildet sind, welches eben durch die Partikel quasi bezeichnet wird. Könnte hieran noch irgend ein Zweifel übrig bleiben, so müßte derselbe vor der Erwägung verschwinden, daß alle hier angeführte Stellen ursprünglich von Gajus herrühren.

Betrachten wir nunmehr genauer die zwei wichtigsten Entstehungsarten (contractus und delictum), so scheinen sie auf den ersten Blick zusammen zu fallen mit den sehr abstracten Begriffen von Vertrag und Rechtsverletzung. In der That aber werden sie von den Römischen Juristen in einem engeren Sinne gemeint. Jene Ausdrücke werden nämlich von ihren Urhebern in der geschichtlichen Beschränkung gebraucht, daß sie nur auf die klagbaren Verträge und Verletzungen angewendet werden, ja sogar nur auf die, welche schon im alten Civilrecht als klagbar anerkannt waren.

Ferner ist zu erwägen die Bedeutung oder Benutzung dieser Gegensätze, also der zwei, oder drei, oder vier Classen, die wir etwa für die Entstehungsarten der Obligationen

gelten lassen wollen. Es läßt sich davon ein zweifacher, ganz verschiedener Gebrauch machen.

Der erste Gebrauch steht im Zusammenhang mit der Aufgabe des allgemeinen Theils des Obligationenrechts. Er zweckt darauf ab, die gemeinsamen Begriffe und Rechtsregeln darzustellen, welche sich auf die Contracte, und eben so die, welche sich auf die Delicte, als die wichtigsten Entstehungsgründe der Obligationen, beziehen. Diese Darstellung wird den Inhalt des gegenwärtigen Bandes bilden. Dabei aber können wir uns der oben erwähnten geschichtlichen Beschränkung der Begriffe von contractus und delictum nicht unterwerfen. Vielmehr müssen wir ausgehen von den abstracten Begriffen des Vertrags und der Verletzung, in aller Ausdehnung, deren diese Begriffe empfänglich sind. Es werden sich dann von selbst die Anknüpfungspunkte finden, welche nöthig sind, um jenen geschichtlich beschränkten Begriffen ihr Recht widerfahren zu lassen.

Ein zweiter Gebrauch jener Gegensätze würde darin bestehen, daß man sie als Grundlage gelten ließe für die Gliederung der einzelnen Obligationen, also für die Darstellung des besonderen Theils des Obligationenrechts. Dieses Verfahren findet sich in den Institutionen des Gajus, und noch vollständiger entwickelt in Justinian's Institutionen, in welchen die einzelnen Obligationen nach den vier oben dargestellten Classen abgehandelt werden (h). —

(h) Instit. III. 14—26 (con- contractu). — IV. 1—4 (de-
tractus). — III. 27 (quasi ex licta).—IV. 5 (quasi ex delicto).

Dieselbe Anordnung hat denn auch ein großer Theil der neueren Systematiker befolgt. Ob sie aber in der That dem Bedürfniß einer Darstellung des heutigen Römischen Rechts entspricht, wird sich nur in Folge einer genaueren Erwägung beurtheilen lassen, die erst nach Beendigung des allgemeinen Theils wird angestellt werden können.

II. Die Umwandlung der Obligationen kann herbeigeführt werden durch eine zweifache mögliche Veränderung, die in dem Bestand derselben eintreten kann.

A. Veränderung in den Personen, zwischen welchen die Obligation besteht. Es ist festzustellen, in welcher Weise die oben erklärten allgemeinen Begriffe von Universal-Succession und Singular-Succession auf die Obligationen angewendet werden können (i).

B. Veränderung in dem Gegenstand oder Inhalt der Obligation (k).

Diese kann bestehen in einer Verminderung (oder Vernichtung) des Gegenstandes. Darauf beziehen sich die Lehren von Dolus, Culpa, Casus, Interesse, Mora.

Sie kann aber auch bestehen in einer Erweiterung des Gegenstandes, und zwar sowohl in einer regelmäßigen

(i) Vgl. System Bd. 3 § 105.

(k) Man könnte versuchen, noch eine dritte Art von Veränderungen hinzuzufügen, die auf dem bloßen Willen beruhenden, wie die Novation. Allein diese bestehen nicht sowohl in der Umwandlung einer an sich fortdauernden Obligation, als in einer Vernichtung, so daß ihre richtige Stelle nicht in der Lehre von der Entstehung, sondern unter den Auflösungsarten der Obligationen zu suchen ist.

Erweiterung (durch Früchte und Zinsen), als in einer zufälligen (Commodum).

Aus dieser Uebersicht geht hervor, daß unsere nächste Untersuchung auf die allgemeine Lehre von den obligatorischen Verträgen zu richten ist. In diesen haben wir vier besondere Momente einer selbstständigen Betrachtung zu unterwerfen:

A. Begriff und Arten.

B. Personen.

C. Eingehung.

D. Wirkungen.

Vielleicht möchte es scheinen, daß noch als ein fünftes selbstständiges Moment aufzunehmen wäre: der Gegenstand des Vertrags. Allein fast Alles, welches über diesen etwa gesagt werden könnte, fällt mit dem Gegenstand der Obligation überhaupt völlig zusammen, und ist daher schon oben abgehandelt worden (l). Eine einzige Frage wurde daselbst noch vorbehalten: die Frage nach dem Einfluß unmöglicher Gegenstände auf die Wirksamkeit der obligatorischen Verträge (m). Dieser Vorbehalt wird daher in der Lehre von den Wirkungen der Verträge zu erledigen seyn (§ 81).

(l) Bd. 1 § 28 fg.

(m) Bd. 1 § 37 S. 382.

§. 52.

I. Vertrag. A. Begriff und Arten.

Der Vertrag, als Entstehungsgrund von Obligationen (der obligatorische Vertrag), bildet blos eine einzelne Anwendung des viel allgemeineren Vertragsbegriffs überhaupt. Die Natur desselben ist von mir bereits an einem anderen Orte ausführlich dargestellt worden (a), und es wird daher hier genügen, an jene Darstellung in wenigen Worten zu erinnern.

Vertrag überhaupt ist die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden. — Diese Rechtsverhältnisse nun können seyn: völkerrechtliche, staatsrechtliche, privatrechtliche, und auf diese alle kann der Begriff des Vertrags angewendet werden. Im Privatrecht ferner kann der Vertrag bestimmend eingreifen auf alle Bestandtheile desselben: auf Familienverhältnisse sowohl, als auf dingliche Rechte und auf Obligationen. Im Obligationenrecht endlich kann der Vertrag dazu dienen, sowohl Obligationen zu erzeugen, als sie aufzulösen.

Von allen diesen Fällen der Anwendung nun gehört an diese Stelle nur der Vertrag, welcher eine Obligation erzeugt (der obligatorische Vertrag). Der Begriff dieses Vertrags kann demnach dahin bestimmt werden:

(a) System Bd. 3 §§ 140. 141.

Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch unter ihnen eine Obligation entstehen soll.

Dieser Fall der Verträge überhaupt ist unter allen der häufigste und mannichfaltigste in der Anwendung, so daß er von unseren Schriftstellern sehr häufig mit dem allgemeinen Vertragsbegriff verwechselt, und überall angenommen worden ist, wo überhaupt von Verträgen die Rede ist. Obgleich nun diese Verwechselung entschieden zu verwerfen ist, auch große Mißverständnisse erzeugt hat, so ist es doch von der anderen Seite völlig gerechtfertigt, wenn gerade bei diesem Fall der Anwendung die Vertragsnatur am vollständigsten entwickelt und dargestellt wird.

Die Römischen Juristen gebrauchen, zur Bezeichnung des obligatorischen Vertrags überhaupt, abwechselnd die Ausdrücke: conventio, pactio, pactum, welche eine gleich allgemeine Bedeutung haben (b).

Es sind nunmehr einige besondere Arten der obligatorischen Verträge zu erwähnen, gegründet auf gewisse erheb-

(b) *L.* 1 § 1. 2. 3. 4 *de pactis* (2. 14) (Ulp.), *L.* 7 *pr.* § 1—4 *eod.* (Ulp.). — *L.* 6 *eod.* (Paul.). — Der Ausdruck conventio war zum Zweck allgemeiner Betrachtungen am Besten geeignet, weil sich an den Ausdruck pactum meist schon besondere praktische Beziehungen anknüpften, veranlaßt durch eine wichtige Stelle des prätorischen Edicts. *L.* 7 § 7 *eod.*

liche Gegensätze, die sich innerhalb des allgemeinen Vertragsbegriffs finden.

1. Eine geschichtliche Bedeutung hat die Unterscheidung der legitimae und juris gentium conventiones (c).

Legitimae heißen diejenigen, deren eigenthümliches Wesen eine rein civile Entstehung hat, also dem jus gentium unbekannt ist; juris gentium die, welche schon im allgemeinen Recht ihren Ursprung haben. Diese Unterscheidung der Verträge ist nur eine einzelne Anwendung der schon oben dargestellten gleichartigen Unterscheidung der Obligationen überhaupt (§. 5).

Der Begriff der juris gentium conventio ist aber wohl vereinbar mit einer Anerkennung und Wirksamkeit im jus civile, so daß es ganz irrig sein würde, dieser Art der Verträge im Allgemeinen eine geringere Wirksamkeit zuzuschreiben, als der ersten Art. In der That sind die wichtigsten Fälle der zweiten Art im jus civile anerkannt, und mit den vollständigsten Wirkungen versehen: so das Darlehen, der Kauf, die Miethe u. s. w. (d).

Die legitimae conventiones sind größtentheils schon im Justinianischen Recht verschwunden: so das nexum, die dotis dictio, die literarum obligatio; nur die Stipulation

(c) *L.* 5 *L.* 7 *pr.* § 1 *de pactis* (2. 14) von Ulpian.

(d) Gajus III. § 132. — § 2 *J. de j. nat.* (1. 2). — Endlicher's Fragment des Ulpian, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft B. 9 S. 5, B. 15 S. 377—382.

hat sich hier vollständig erhalten (d'). Im heutigen Recht ist keine derselben wahrzunehmen.

In einem etwas anderem Sinn, und mehr buchstäblich, wird derselbe Ausdruck von Paulus aufgefaßt (e). Er bezeichnet als legitima conventio denjenigen Vertrag, welcher nicht unter die contractus gehört, also an sich nicht klagbar ist, wohl aber in einigen Fällen (interdum) ausnahmsweise klagbar wird durch die Bestätigung, die er gerade durch eine lex (f) erhalten hat; dabei kann Paulus gedacht haben an die Nebenverträge bei den Mancipationen (wie die fiducia), die durch die Zwölf Tafeln bestätigt und klagbar wurden (g). Dasselbe, sagt er, gelte auch von einigen auflösenden Verträgen, die durch eine solche Bestätigung die Kraft erhielten, Obligationen ipso jure aufzulösen, an-

(d') Es ist hier genau auf die etwas verschiedene Bedeutung der Kunstausdrücke zu achten. Classificirt man die Verträge nach ihrem Ursprung und ihrem damit zusammenhängenden inneren Wesen, so wie es unstreitig hier von Ulpian geschieht (Note c), so ist die Stipulation durchaus legitima zu nennen, nicht juris gentium. Sieht man dagegen auf die persönliche Rechtsfähigkeit, als Bedingung der gültigen Vornahme einer Stipulation, so ist sie (mit einer einzigen Ausnahme) schon in ziemlich früher Zeit juris gentium geworden. Vgl. Obligationenrecht B. 1 §. 5. 6.

(e) *L.* 6 *de pactis* (2. 14) „Legitima conventio est, *quae lege aliqua confirmatur;* et ideo *interdum* ex pacto *actio nascitur vel tollitur*, quoties lege vel senatusconsulto adjuvatur."

(f) Paulus sagt: lege *vel senatusconsulto;* nämlich weil jeder Senatsschluß legis vicem obtinet. Gajus I. § 4. Ob ihm bei diesem Zusatz bestimmte einzelne Fälle vorschweben mochten, und welche, muß unentschieden bleiben.

(g) Sechste Tafel: cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, *ita jus esto.*" Vergl. Dirksen Cap. 12.

statt daß andere nuda pacta dazu nicht fähig waren; dabei dachte er ohne Zweifel an den formlosen Erlaßvertrag, der nach den Zwölf Tafeln fähig ist, eine furti oder injuriarum actio völlig aufzuheben (h).

Daß hier Paulus den Ausdruck legitima conventio in einem ganz anderen Sinne meint, als oben Ulpian, geht hervor aus seiner Hinweisung auf bloße pacta, die nur ausnahmsweise (interdum) durch die Bestätigung in einer lex klagbar werden, also nicht unter die contractus gehören, die schon nach ihrer allgemeinen Natur von selbst klagbar sind. Ulpian dagegen versteht unter den legitimae conventiones gerade die ältesten und solennesten contractus selbst. Daher ist es denn auch nicht zu billigen, daß in den Digesten diese Stelle des Paulus mitten in die Stelle des Ulpian eingeschoben worden ist, gerade so, als ob beide Stellen einen und denselben Begriff zum Gegenstande hätten, da sie doch in der That Nichts mit einander gemein haben, als denselben Kunstausdruck, der aber von beiden in ganz verschiedenem Sinne aufgefaßt wird.

Ganz irrig aber ist es, wenn von neueren Schriftstellern die Stelle des Paulus benutzt wird zur Rechtfertigung des modernen Sprachgebrauchs von pactum legitimum als einem durch Kaiserconstitutionen klagbar gewordenen pactum. Ein solcher Sprachgebrauch wäre etwa zu Justinian's Zeit möglich gewesen, obgleich er auch hier durch kein Zeugniß un-

(h) *L.* 17 § 1 *de pactis* (2. 14).

terstützt wird; zur Zeit des Paulus war er unmöglich, weil damals Kaiserconstitutionen von diesem Inhalt noch nicht vorhanden waren (i).

2. Auf den Inhalt der erzeugten Obligation bezieht sich die Eintheilung in einseitige und zweiseitige (oder gegenseitige) Verträge, wofür sich Römische Kunstausdrücke nicht finden.

Durch den einseitigen Vertrag wird der eine Theil nur Glaubiger, der andere Theil nur Schuldner, und es entsteht also dadurch das einfachste Verhältniß, das sich in einer Obligation überhaupt denken läßt. Diese Art des Vertrages erscheint in dem Darlehen, dem Schenkungsversprechen, der Römischen Stipulation.

In dem zweiseitigen Vertrag ist jeder Theil Glaubiger und Schuldner zugleich, nur jeder auf eine Handlung verschiedener Art. — Man könnte zweifeln, ob dieses Ein Vertrag und Eine Obligation genannt werden dürfe, oder vielmehr ein Aggregat mehrerer Verträge und Obligationen, wie sie sich sogar in beliebiger größerer Zahl und Mannichfaltigkeit unter denselben Personen denken lassen. Allein das Wesen des gegenseitigen Vertrages, verschieden von einem solchen zufälligen Aggregate, besteht darin, daß die beiden Obligationen in untrennbarer Verbindung gedacht werden

(i) Wären solche vorhanden gewesen, so hätte allerdings auch auf sie der Ausdruck: legis vicem obtinet (Note f) angewendet werden können, nach Gajus I. § 5. — Die hier im Text widerlegte Behauptung findet sich bei Koch Forderungen B. 2. S. 50.

müssen, so daß die eine nur um der anderen Willen, und mit ihr zugleich bestehend, zu denken ist, weshalb beide nur zwei Hälften eines und desselben Rechtsgeschäfts bilden. Diese Art des Vertrags erscheint in dem Kauf, der Miethe, der Societät.

In der Mitte zwischen beiden Arten stehen einige Verträge, die zunächst, nach ihrer allgemeinen Natur und Bestimmung, nur einseitig sind, worin aber zufällig eine gegenseitige Obligation, die außer dem Zweck des Vertrages liegt, hinzutreten kann. Die Römer bezeichnen diesen Fall durch eine verschiedene Benennung der beiden Klagen, indem die wesentliche Klage als directa, die zufällige als contraria actio, bezeichnet wird. Sogar das Bedürfniß einer contraria actio ist von zufälligen Umständen abhängig, indem der Zweck derselben oft ohne Klage, durch bloße Abrechnung, also durch eine Exception, erreicht werden kann (k). — Fälle der Anwendung dieses in der Mitte stehenden Falles finden sich in dem Commodat, Depositum, Mandat.

Der Vollständigkeit wegen kann noch bemerkt werden, daß die hier angegebene Verschiedenheit nicht blos bei den Verträgen, sondern auch bei anderen Geschäftsobligationen (den Quasicontracten), vorkommt.

3. Auf den beabsichtigten äußeren Zweck, also auf die nicht juristische Seite des Geschäfts, bezieht sich die Unterscheidung der Verträge, welche dazu bestimmt sind, aus-

(k) *L.* 18 § 4 *commod.* (13. 6).

schließend den Vortheil Eines Theiles zu befördern, von den Verträgen, welche den Vortheil beider Theile bezwecken.

Ein Vertrag der ersten Art muß immer zugleich ein einseitiger Vertrag sein. Der einseitige Vortheil wird meist in einer Bereicherung, d. h. einer Erweiterung des Vermögens, bestehen, so wie bei dem Schenkungsversprechen (l); doch ist diese Art des einseitigen Vortheils nicht die einzig mögliche. Bei dem Depositum z. B. wird der ursprüngliche Geber nicht reicher, aber er erhält den Vortheil der sicheren und bequemen Aufbewahrung durch einen Anderen (m).

Ein Vertrag der zweiten Art (mit beabsichtigtem Vortheil nach beiden Seiten) kann seyn ein einseitiger, wie das verzinsliche Darlehen, oder auch ein zweiseitiger, wie der Kauf und der Miethvertrag.

Zur Bezeichnung dieser zwei Arten der Verträge gebrauchen neuere Schriftsteller nicht selten die Ausdrücke: conventio lucrativa (auch gratuita) und onerosa. Allein diese Ausdrücke sind durch Römischen Sprachgebrauch nicht zu rechtfertigen. Wir können blos umschreibend sagen, daß die erste Art der Verträge auf Wohlwollen oder Liberalität beruht, jedoch nur unter besonderen hinzutretenden Bedingungen, also nicht allgemein, die Natur einer Schenkung an sich trägt (n).

(l) Vgl. System B. 4 § 157.

(m) Vgl. System B. 4 § 143.

(n) Vgl. System B. 4 § 143.

Folgende Eintheilungen der Verträge sind zwar an sich richtig und erheblich, ihre Erörterung aber gehört nicht an diese Stelle.

So die Eintheilung in stricti juris und bonae fidei contractus. Diese bezieht sich lediglich auf die Unterscheidung der aus den Contracten entspringenden Klagen, fällt also völlig zusammen mit der an einem anderen Orte vollständig dargestellten Lehre von den actiones stricti juris (condictiones) und bonae fidei (o). Hier muß nur gewarnt werden vor einer möglichen Verwechselung dieser Eintheilung der Verträge mit der so eben (unter Nr. 1) dargestellten Eintheilung in legitimae und juris gentium conventiones. Diese beiden Eintheilungen sind durchaus nicht als identisch zu betrachten, da sie auf ganz verschiedenen Gründen beruhen. Auch gehört z. B. das Darlehen entschieden dem jus gentium an (Note d), und es ist eben so gewiß ein stricti juris contractus, indem es eine Condiction erzeugt (p).

Eine fernere Eintheilung der Verträge in förmliche (formelle) und formlose kann erst weiter unten, bei der Wirkung der Verträge, ihre wahre Stelle finden (§. 72 u. fg.); der allgemeinere Grund zu dieser Eintheilung ist

(o) System B. 5 § 218—220, und Beilage XIII. XIV.

(p) Die so eben gerügte Verwechselung kann eine verführende Unterstützung finden in der sehr verbreiteten, aber unbegründeten, Meinung, nach welcher die b. f. actiones einer neueren Rechtsbildung angehören sollen, als die stricti juris. Vgl. System B. 5 S. 116. 489. 638.

bereits an einem anderen Orte (in der Lehre von den Willenserklärungen) gelegt worden (q). Von dieser Eintheilung aber kann schon hier bemerkt werden, daß sie allerdings in einem inneren Zusammenhang steht mit der oben erklärten Unterscheidung der legitimae und juris gentium conventiones.

Die Römische Unterscheidung der Verträge, welche contractus oder bloße pacta sind, kann nicht hier, sondern erst bei den Wirkungen der Verträge, erklärt werden.

§. 53.

I. Vertrag. B. Personen. Einleitung.

Die Rechtsregeln, welche die in den obligatorischen Verträgen auftretenden Personen betreffen, sind großentheils so allgemeiner Natur, daß sie über die Lehre von diesen Verträgen weit hinaus reichen, und daher schon an anderen Orten dargestellt werden mußten (a). Einige dieser Rechtsregeln beziehen sich jedoch ganz eigentlich und ausschließend auf die obligatorischen Verträge, und für die Darstellung derselben ist eben hier die richtige Stelle.

Um die Natur dieser Regeln, und zugleich das Bedürfniß derselben, anschaulich zu machen, ist es nöthig, den obligatorischen Vertrag in seiner einfachsten Gestalt, die zugleich die häufigste ist, aufzufassen. Wenn Gajus von

(q) System B. 3 § 130.

(a) System B. 2 (Rechtsfähigkeit), System B. 3 § 106—112 (Handlungsfähigkeit). — Einige Ergänzungen der Lehre von der Rechtsfähigkeit in Beziehung auf Obligationen finden sich in dem Obligationenrecht B. 1 § 6.

Sejus ein Haus kauft, so erscheinen als handelnd gerade dieselben Personen, unter welchen die Obligation bestehen soll; eben so, wenn Gajus, Sejus und Mevius (oder auch noch Mehrere) eine Societät schließen. Die in dem Vertrag thätigen Personen also sind völlig dieselben, welche in der Obligation als Parteien auftreten. Die Contrahenten und die Parteien sind dieselben Personen.

Ferner sind alle diese Personen bestimmte, bekannte, einzelne Menschen; sie erscheinen nach beiden Seiten als Individuen bestimmt, nicht blos vermittelst irgend einer allgemeinen Eigenschaft, die an sich in ganz verschiedenen Individuen wahrgenommen werden könnte.

In beiden Beziehungen aber giebt es Fälle, in welchen der obligatorische Vertrag von der so eben bemerkten einfachsten Gestalt abweicht.

Eine Abweichung der ersten Art wird darin bestehen, daß die Contrahenten und die Parteien nicht durchaus dieselben Personen sind. Gehen wir dabei aus von den sichtbar thätigen Personen, die wir vorläufig als die Contrahenten betrachten, so können wir diesen Fall so bezeichnen, daß der Vertrag seine Wirkungen auf dritte Personen äußere, so daß diese dritte Personen dadurch Glaubiger oder Schuldner werden.

Eine Abweichung der zweiten Art besteht darin, daß der Vertrag und die daraus entspringende Obligation nicht nach beiden Seiten auf individuell bestimmte Personen zu beziehen ist, sondern vielmehr nach der einen Seite auf

alle Personen, in welchen eine gewisse Eigenschaft sich findet; ein Verhältniß, welches nicht nur an sich auf die verschiedensten Personen anwendbar ist, sondern auch in der Zeit stets wechseln, also von einer Person auf die andere übergehen kann. Um dieses eigenthümliche Verhältniß gleich hier anschaulich zu machen, will ich den wichtigsten Fall der Anwendung angeben. Es sind die Papiere auf den Inhaber, in welchen das Recht des Glaubigers nicht an eine bestimmte Persönlichkeit geknüpft ist, sondern an ein gewisses Verhältniß zu einer Urkunde. Worin dieses Verhältniß bestehe, ob in irgend einer Art des Besitzes, oder in Eigenthum, wird an seinem Ort besonders zu untersuchen seyn, muß also hier vorläufig dahin gestellt bleiben.

Ich wende mich jetzt zur Untersuchung der Abweichungen erster Art, welche in der möglichen Einwirkung eines Vertrags auf dritte Personen besteht.

Gleich im Eingang dieser schwierigen und bestrittenen Lehre muß auf den eigentlichen Sitz der Schwierigkeit aufmerksam gemacht werden. Es ist hier die Rede von zwei an sich verschiedenen Fällen, deren Verschiedenheit unter zweideutigen Ausdrücken sich verbirgt. Die neueren Schriftsteller haben meist diese zwei Fälle nicht gehörig unterschieden. Auch die Römischen Juristen sind hierin nicht frei von Unbestimmtheit und Verwechselung. Die klare und vollständige Einsicht in das richtige Verhältniß wurde

aber besonders dadurch erschwert, daß beide Fälle eine gewisse Verwandtschaft mit einander haben, und auf manchen Punkten in einander übergehen.

Der erste Fall ist der der Stellvertretung. Dieses wichtige Verhältniß kommt nicht blos bei den Verträgen vor, sondern auch bei vielen anderen freien Handlungen, und es ist daher schon anderwärts von mir dargestellt worden (b). Hier aber ist, in Anwendung auf die Verträge, die Einwirkung derselben auf dritte Personen nur scheinbar, und es kann in der That nur die Rede seyn von einer besonderen Form, in welcher die zum Vertrag nothwendige freie Handlung vorgenommen wird. Wenn Titius dem Gajus den Auftrag giebt, in seinem Namen von Sejus ein Haus zu kaufen, und wenn dieser Auftrag vollzogen wird, so sind die wahrhaft handelnden Personen Titius und Sejus, die Contrahenten und die Parteien sind dieselben Personen, und eine Einwirkung des Vertrages auf dritte Personen kann in Wahrheit nicht behauptet werden. Das Eigenthümliche des Falles besteht vielmehr nur darin, daß Titius, der seine Willenserklärung durch mündliche Rede oder durch einen Brief aussprechen konnte, zu diesem Zweck einen Dritten als Mittelsperson gebraucht hat, so daß dieser Dritte nur als ein Organ des wahren Contrahenten Titius

(b) System B. 3 § 113. Daselbst ist auch schon eine kurze Uebersicht gegeben worden für die Anwendung der Stellvertretung auf die obligatorischen Verträge.

in Betracht kommt, und für sich selbst zu der Obligation in gar keiner Beziehung steht.

Der zweite Fall betrifft die Einwirkung eines Vertrags auf dritte Personen ohne Stellvertretung. Wenn Gajus mit Sejus einen Vertrag dahin abschließt, daß Titius an Gajus Hundert zahlen, oder daß er von Gajus Hundert empfangen soll, und wenn Titius von diesem Versprechen Nichts weiß, also dazu keinen Auftrag gegeben hat, so sind ganz gewiß Gajus und Sejus allein die Handelnden, die Contrahenten; dagegen soll, nach dem Inhalt des Vertrags, Titius Schuldner (oder Glaubiger) seyn. Daher fallen hier die Contrahenten mit den Parteien nicht völlig zusammen, vielmehr soll der Vertrag auf eine dritte, den Contrahenten fremde, Person einwirken.

So sind also diese beiden Fälle an sich von einander völlig verschieden. Jeder derselben soll nunmehr besonders untersucht werden (c); daraus werden sich dann zugleich ihre Berührungen ergeben, und insbesondere auch die eigenthümlichen Veranlassungen für die Römischen Juristen, sie weniger streng aus einander zu halten, als es wünschenswerth war.

Da jedoch der zweite Fall nur durch seine Beziehung zu dem ersten, und als Gegensatz desselben, eine gewisse Wichtigkeit hat, so sollen hier, der einfacheren Bezeichnung

(c) Der erste in den § 54—58, der zweite im §. 59.

wegen, beide Fälle unter dem gemeinsamen Gesichtspunkt der Stellvertretung zusammen gefaßt werden.

§. 54.

I. Vertrag. B. Personen. Stellvertretung.

Schriftsteller.

H. Giphanii lecturae Altorphinae p. 562 sq. (ad L. 11 de O. et A.).

Donellus Comm. de j. civ. Lib. 12 C. 16—19.

— Comm. ad tit. de V. O. Francof. 1577 f., fol. 76—94 (in L. 38 § 17 de V. O.).

Mühlenbruch Cession der Forderungsrechte § 9—14, 3te Ausg. 1836 S. 85—147.

Puchta Pandekten, und Vorlesungen, § 273—279.

— Cursus der Institutionen B. 2 § 203. n.

Wangerow S. 289—299.

H. Buchka die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. Rostock und Schwerin 1852. 8. — Hier findet sich zugleich (§ 15 u. fg.) eine sehr reichhaltige Zusammenstellung der Meinungen älterer und neuerer Schriftsteller.

Die Zulässigkeit und Wirksamkeit der Stellvertretung bei obligatorischen Verträgen ist schon an einem anderen Orte, und zwar in größerem Zusammenhange, von mir dargestellt worden (a).

Eine bloße Verweisung auf diese frühere Darstellung genügt aber hier nicht, vielmehr ist jetzt eine zweifache Ergänzung nöthig. Erstlich durch die Hinzufügung der einzelnen Momente in der Entwickelung jenes Rechtsinstituts, welche dort nicht an ihrer Stelle gewesen wäre. Zweitens durch die Rechtfertigung der dort aufgestellten Ansichten im Widerstreit gegen die abweichenden Ansichten neuerer Schriftsteller.

Die Hauptsätze der von mir aufgestellten Lehre, die ich noch jetzt für völlig richtig halte, sind folgende.

A. Kinder in väterlicher Gewalt, und eben so auch Sklaven, sind fähig, durch die von ihnen geschlossenen obligatorischen Verträge, dem Hausvater Forderungen zu erwerben, also ihn dadurch zu bereichern.

B. Diese Folge ihrer Handlung ist nicht blos möglich, sondern nothwendig. Sie ist unabhängig von ihrem eigenen Willen; unabhängig von dem Bewußtseyn und dem Willen des Hausvaters (b); unabhängig von den dabei gebrauchten Ausdrücken (c).

(a) System B. 3 § 113.

(b) *L.* 62 *de V. O.* (45. 1) „Servus vetante domino si pecuniam ab alio stipulatus sit, nihilominus obligat domino promissorem."

(c) Es ist gleichgültig, ob der Sclave in der Stipulation sagt:

C. Sie sind dagegen unfähig, durch ihre Verträge den Hausvater zum Schuldner zu machen, also sein Vermögen zu vermindern; auch Dieses ist unabhängig von des Hausvaters Willen.

D. Alle übrige Personen (liberae, extraneae personae) sind gleich unfähig, durch ihre Vertretung in obligatorischen Verträgen, einen Anderen zum Glaubiger oder zum Schuldner zu machen; diese Unfähigkeit ist unabhängig von dem Willen des Anderen (d).

So lautet der strenge, durchgreifende Grundsatz des alten Rechts (e). Als aber der Verkehr lebendiger und mannichfaltiger wurde, war mit demselben nicht mehr auszureichen. Die durch das Bedürfniß hervorgerufenen zahlreichen Umbildungen desselben lassen sich auf zwei verschiedenartige Classen zurückführen.

I. Neben den Grundsatz wurde eine Anzahl reiner Ausnahmen gestellt, welche theils durch neu erfundene prä-

dari, oder mihi dari, oder domino dari, und eben so, ob der stipulirende Herr sagt: mihi dari, oder servo meo dari; in allen diesen Fällen wird dem Herrn die Forderung erworben. § 4 *J. de inut. stip.* (3. 19), *L.* 38 § 17 *L.* 39. 40. 130 *de V. O.* (45. 1). — Das ist die wahre Bedeutung der unitas personae. *L.* 11 *C. de impub.* (6. 26). Der Sklave ist ein allgemeines Erwerbs-Instrument des Herrn.

(d) *L.* 126 § 2 *de V. O.* (45. 1) „Respondi: per liberam personam, quae neque juri nostro subjecta est, neque bona fide nobis servit, *obligationem nullam adquirere possumus.*“

(e) Völlig parallel mit jenem, die Verträge betreffenden, Grundsatz geht die Möglichkeit oder Unmöglichkeit, reicher oder ärmer zu werden durch fremde Handlungen, welche im Eigenthum Veränderungen hervorbringen sollten.

torische Klagen bewirkt wurden, theils durch die gewöhnlichen Schuldklagen, die nur vom Prätor gegeben oder versagt wurden in Fällen, in welchen der alte Grundsatz auf den entgegengesetzten Erfolg geführt haben würde.

II. Der Grundsatz wurde in sich selbst umgebildet, indem man ihn auf Verträge einer gewissen Art einschränkte, bei Verträgen anderer Art aber nicht mehr gelten ließ.

I. Ausnahmen des alten Grundsatzes, und zwar solche, die durch neu erfundene prätorische Klagen bewirkt wurden.

Dahin gehören die actio exercitoria, institoria, de peculio; tributoria, quod jussu, de in rem verso. Die drei ersten sind die wichtigsten und umfassendsten dieser Klagen (f).

Diese Ausnahmen beziehen sich auf den Theil des oben aufgestellten Grundsatzes, nach welchem Niemand fähig war, als Stellvertreter eines Anderen Verträge zu schließen, wodurch dieser Andere Schuldner werden sollte.

Gemeinsame Quellen für diese Rechtsinstitute.

Gajus IV. § 70 — 74.

Inst. IV. 7 quod sum eo.

Cod. IV. 25 und IV. 26.

(f) Eine kurze Uebersicht dieser Klagen ist schon oben (B 1 § 21) gegeben worden, bei Gelegenheit der daraus entspringenden Correalschulden.

1. Actio exercitoria. DIG. XIV. 1. PAULUS II. 6.

Wenn ein Rehder (exercitor) sein Schiff nicht selbst führt, sondern durch einen Anderen (magister) führen läßt, so muß er selbst, aus den Verträgen dieses Anderen, mit einer Schuldklage sich belangen lassen, die den Namen exercitoria actio führt. Das Bedürfniß einer Stellvertretung mit diesem Erfolg war hier besonders dringend, weil solche Verträge oft in einer so weiten Entfernung von dem Rehder geschlossen werden, daß dessen Einwilligung unmöglich eingeholt werden kann (g).

Es ist für diese Klage gleichgültig, ob der Führer des Schiffs eine freie Person ist, oder in Familien-Abhängigkeit von dem Rehder steht (h). Nur war für diesen letzten Fall das Bedürfniß einer neuen Klage dringender. Der freie Führer hatte stets eine Regreßklage gegen den Rehder, und konnte diese Klage dem dritten Contrahenten cediren; der Sohn oder Sklave des Rehders konnte eine solche Regreßklage nicht haben.

Die Klage wird begründet durch alle Verträge, die der Schiffsführer innerhalb der Gränzen seiner Vollmacht schließt. Diese Gränzen also hat der Dritte, wenn er der Klage sicher seyn will, zu prüfen; die Zweckmäßigkeit des Vertrags, so

(g) *L.* 1 *pr.* § 1 *de exerc.* (14. 1).

(h) *L.* 1 § 4 *eod.* Selbst ein fremder Sclave, den der Rehder als Führer des Schiffs gebraucht, kann gegen ihn die exercitoria actio begründen.

wie die redliche Verwendung, braucht er nicht zu prüfen (i).

Aus dem Vertrag ist dem Dritten stets zunächst der Schiffsführer verpflichtet, und diese Klage wird durch die exercitoria actio gegen den Rehder nicht ausgeschlossen (k). Der Dritte also hat die Wahl zwischen zwei Schuldnern, die ihm solidarisch haften; eben so haften ihm solidarisch mehrere Rehder desselben Schiffes (Note f.).

Die exercitoria actio braucht und kann nicht umgekehrt von dem Rehder gegen den dritten Contrahenten angestellt werden. Gegen diesen klagt der Rehder unmittelbar, wenn sein Sohn oder Sklave den Vertrag schloß; war der Schiffsführer ein freier Mensch, so konnte und mußte stets dieser seine Contractsklage gegen den Dritten dem Rehder cediren (l).

2. Actio institoria. Dig. XIV. 3. Paulus II. 8.

Diese Klage ist eigentlich nur eine abstractere exercitoria actio, also die Anwendung der für die Rehderei eingeführten Rechtsregeln auf gewerbliche Geschäfte anderer

(i) *L.* 1 § 3 § 7—14, *L.* 7 *pr.* § 1 *eod.* — Verträge zur Ausbesserung des Schiffes liegen stets in den Gränzen der Vollmacht, auch wo Dieses nicht ausgedrückt ist.

(k) Hoc edicto non transfertur actio, sed adjicitur. *L.* 5 § 1 *eod.* — Daher ist bei neueren Schriftstellern der Ausdruck: actiones adjectitiae qualitatis entstanden.

(l) *L.* 1 § 18 *L.* 5 *pr. eod.* Wenn, wegen besonderer Umstände, dieser Grundsatz nicht ausreichte, wurde dennoch dem Rehder extra ordinem durch eine Klage geholfen.

Art, wenn diese durch einen bevollmächtigten Aufseher betrieben werden, in dessen Vollmacht es liegt, Verträge mit dritten Personen abzuschließen (m). Das Bedürfniß ist hier weniger dringend, als bei der Rehderei, weil hier der Herr des Geschäfts meist in der Nähe, also persönlich erreichbar ist; daher ist diese Klage etwas weniger begünstigt und ausgedehnt, als die exercitoria (n).

Auch hier kommt es darauf an, daß der Vertrag innerhalb der Gränzen der Vollmacht geschlossen werde; die Zweckmäßigkeit, so wie die redliche Verwendung, zu prüfen, wird dem Dritten nicht zugemuthet (o).

Aus solchen Verträgen ist zunächst der institor verpflichtet, neben ihm aber der Herr des Geschäfts, so daß auch hier der dritte Contrahent zwischen zwei Beklagten die Wahl hat (p).

Die Klage war nicht eingeführt zur Verfolgung der

(m) *L.* 1 *L.* 18 *L.* 3. 4. 5 *de instit.* (14. 3). — Die Klage führt hier nicht den Namen von dem Herrn des Geschäfts (wie die exercitoria), sondern von dem Aufseher, für den die Römer den allgemeinen Namen institor brauchten, wir aber keinen so allgemeinen Namen haben. Wir nennen ihn bald Faktor, bald Werkmeister, oder Inspector einer Fabrik oder Landwirthschaft u. s. w. Nur haben diese Personen häufig gar nicht die Vollmacht, selbstständig Verträge abzuschließen. — Auch der institor kann eine freie oder eine abhängige Person seyn. *L.* 7 § 1. 2 *eod.*

(n) *L.* 1 *pr.* § 5 *de exerc.* (14. 1). — Daher kann der magister einen anderen magister substituiren (welches z. B. im Fall einer Krankheit nothwendig werden kann), der institor kann es nicht. *L.* 1 § 5 *cit.*

(o) *L.* 5. § 11—13 *L.* 11 § 5 *de inst.* (14. 3), *L.* 7 § 2 *de exerc.* (14. 1).

(p) *L.* 7 § 1 *L.* 13 § 1. 2 *de inst.* (14. 3), vgl. oben Note f.

Ansprüche des Herrn des Geschäfts gegen den dritten Contrahenten, wozu in der Regel andere Rechtsmittel ausreichten (q).

3. Actio de peculio. Dig. XV. 1 und 2. Cod. Theod. 11. 32.

Diese Klage setzt voraus, daß ein Hausvater seinem Sohn oder Sclaven ein abgesondertes Stück seines Vermögens zu selbstständiger Verwaltung überlassen hat (r). Dadurch macht er ihn gewissermaßen zum institor dieses Vermögens, ohne daß dabei von einem Gewerbe bestimmter Art die Rede ist.

Aus den Verträgen des Verwalters ist der Hausvater verpflichtet, sich mit der actio de peculio verklagen zu lassen. Aber auch hier ist es die Sache des Dritten, sich mit den Gränzen der Vollmacht in der Verwaltung des Peculium bekannt zu machen (s). Nur sind auch bei freier Verwaltung gewisse Handlungen stillschweigend ausgenommen, insbesondere Schenkungen, die jedoch noch besonders gestattet werden können (t).

Die Verpflichtung des Hausvaters ist beschränkt auf den jederzeit vorhandenen Umfang des Peculium, durch dessen Abtretung also er sich stets von der Klage frei machen

(q) *L.* 1 § 2 *eod.*, *L.* 5 *de stip. praet.* (46. 5), vgl. Note l.

(r) *L.* 46, *L.* 40 *pr.* § 1, *L.* 5 § 4, *L.* 8 *de pec.* (15. 1). — Die genauere Darstellung gehört in das Familienrecht.

(s) *L.* 48, *L.* 7 § 1 *de pec.* (15. 1), *L.* 1 § 1 *quae res pign.* (20. 3).

(t) *L.* 7 *pr.* § 1. 2. 3 *de don.* (39. 5), *L.* 1 § 1 *quae res pign.* (20. 3), Sueton. Tiber. C. 15.

kann (u). Dabei gilt noch die besondere Regel, daß die Schulden des Sohnes an den Vater stillschweigend vorweg genommen werden (deductio), eben so aber auch die Schulden des Vaters an den Sohn dem Peculium stillschweigend hinzu gerechnet (v).

4. Actio tributoria. Dig. XIV. 4.

Diese ist die gewöhnliche actio de peculio, nur mit einer Abweichung von den eben aufgestellten Regeln für den besonderen Fall, daß der Sohn oder Sclave mit Wissen des Hausvaters ein Gewerbe treibt. In diesem Fall soll das oben dem Hausvater zugeschriebene Recht der deductio (Note v) für seine eigenen Schuldforderungen hinweg fallen, und er soll den Vorrath im Peculium mit den übrigen Glaubigern theilen (w).

5. Actio quod jussu. Dig. XV. 4. Cod. Theod. II. 31.

Es mußte sehr bald als ganz unnatürlich erkannt werden, daß jeder Hausvater, durch die Verträge seiner Kinder oder Sklaven, selbst ohne seinen Willen, Forderungen unbedingt erwerben konnte, während er durch sie zum Schuldner, selbst mit seinem Willen, nicht gemacht werden sollte.

Dieser letzte Satz nun wurde durch die prätorische Klage quod jussu unmittelbar beseitigt. Aus jedem Vertrag

(u) *L.* 32 § 1, *L.* 30 *pr.* § 4 *de pec.* (15. 1), *L.* 21 *pr.*, *L.* 9 § 4 *eod.*

(v) *L.* 5 § 4, *L.* 9 § 2—8 *de pec.* (15. 1), *L.* 38 *pr.* § 1. 2 *de cond. ind.* (12. 6).

(w) Er soll mit den übrigen Glaubigern in tributum ire. — Diese Klage ist mit der institoria actio ähnlich, doch nicht ganz gleich. *L.* 11 § 7 *de inst.* (14. 3), *L.* 7 § 11 *de Sc. Mac.* (14. 6).

des Sohnes oder des Sklaven sollte der Hausvater als Schuldner verklagt werden können, wenn er in irgend einer Form, schriftlich oder mündlich, vorher oder nachher, zu erkennen giebt, daß der Vertrag aus seinem Willen hervorgehe. Auf die befehlende Form der Erklärung (worauf der Ausdruck jussus gedeutet werden könnte) kommt es dabei nicht an, sondern nur auf den sicheren Ausdruck des Willens, der also auch die Form eines Auftrags oder einer späteren Genehmigung haben kann (x).

Die vorhergehenden Klagen gründeten sich auf dauernde Verwaltungen, also auf mannichfaltige, im Einzelnen unübersehbare, Rechtsgeschäfte. Die gegenwärtige Klage bezieht sich stets auf ein einzelnes Rechtsgeschäft, wovon der Hausvater ein bestimmtes Bewußtseyn haben kann und muß.

6. Actio de in rem verso. Dig. XV. 3. Paulus II. 9.

Diese Klage hat mit der vorhergehenden die Aehnlichkeit, daß sie den Hausvater zum Schuldner und Beklagten werden läßt aus einzelnen Verträgen der von ihm abhängigen Familienglieder. Der Unterschied aber liegt darin, daß bei der Klage quod jussu der Wille des Hausvaters den Grund der Verpflichtung enthält, bei der gegenwärtigen Klage aber der ganz andere Umstand, daß durch den Vertrag der Vortheil des Hausvaters befördert werden soll,

(x) *L.* 1 § 1—6, *L.* 3 *quod jussu* (15. 4). — Vgl. Chambon über die actio quod jussu, Beiträge zum Obligationenrecht B. 1. Jena 1851 S. 175—268. Daselbst findet sich auf S. 193—201 eine beachtenswerthe Untersuchung über die Zeitfolge der Einführung der hier abgehandelten prätorischen Klagen.

und in der That befördert wird, so daß der Hausvater ohne Grund bereichert werden würde, wenn man die Klage nicht gestatten wollte (y).

Der Sohn oder Sklave, der den Vertrag schließt, kann nun daneben auch ein Peculium haben. Dann sind gegen den Hausvater zwei Klagen aus demselben Vertrag möglich, deren jede ihre eigenthümlichen Vortheile und Beschränkungen hat. Die Klage de peculio ist beschränkt auf den gegenwärtigen Umfang des Peculium, die de in rem verso auf den Umfang des erlangten Gewinns, und es wird der Klage diejenige Ausdehnung gegeben, die aus der Vereinigung der Vortheile beider Klagen hervorgeht, da der Kläger in der That jeden der beiden Rechtsgründe für sich geltend machen kann (z).

Nach einer früher sehr verbreiteten Meinung sollte diese Klage als utilis actio gegeben werden, wenn der Vertrag nicht von einem Sohn oder Sklaven, sondern von einem Freien, Unabhängigen, geschlossen wird. Diese Annahme beruht auf folgendem Mißverständniß. Der Freie, der zu meinem Vortheil einen Vertrag schließt, hat stets

(y) *L.* 1 *pr. L.* 3 *L.* 5 *L.* 7 §. 4. 5 *L.* 10 §. 4. 7 *de in rem verso* (15. 3).

(z) *L.* 1 § 1 *L.* 5 § 2 *de in rem verso* (15. 3), § 4 *J. quod cum eo* (4. 7), „licet enim una est actio . . . tamen duas habet condemnationes,“ d. h. es wurde im alten Prozeß eine Klage gegeben mit einer einfachen intentio, aber mit zwei cumulativ verbundenen condemnationes, deren Betrag der Juder zusammen zu rechnen hatte, um daraus eine gemeinsame condemnatio zu bilden. — Vgl. Keller Litiscontestation S. 428. 429.

gegen mich eine Regreßklage, und zwar eine actio mandati contraria, oder negotiorum gestorum contraria, je nachdem er in meinem Auftrag handelte, oder ohne Auftrag. Diese Klage kann und muß er dem dritten Contrahenten gegen mich cediren, und es bedurfte also keiner neuen, prätorischen Erfindung, um ihm eine Klage gegen mich zu verschaffen. Wenn dagegen mein Sohn oder Sklave den Vertrag zu meinem Vortheil schloß, so konnte dieser gegen mich keine solche Regreßklage (wie überhaupt keine Klage) haben, also auch dem Dritten keine Klage cediren. Daher war hier eine Ergänzung des praktischen Rechts durch die prätorische Klage de in rem verso nöthig, die für den Fall des freien Contrahenten nicht nöthig war (aa).

(aa) Keller diss. ad *L.* 32 *de peculio* Göttingen 1822. — Das Klagerecht des Dritten ist ganz richtig anerkannt in *L.* 7 § 1. *C. quod cum eo* (4. 26), aber dieses Klagerecht muß so, wie es oben im Text geschehen, abgeleitet und begründet, nicht als eine spätere Ausdehnung der prätorischen actio de in rem verso angesehen werden. — Nach der allmäligen Ausbildung der a. negotiorum gestorum contraria könnte man annehmen, der Dritte habe ohnehin schon unmittelbar gegen den Hausvater klagen können, weil die Rücksicht auf einen bestimmten Herrn des Geschäfts, und zwar auf den wahren, gar nicht Bedingung jener Klage ist, sondern nur die Absicht, einen Fremden zu obligiren (*L.* 5 § 1 *L.* 31. 36. *de neg. gest.* 3. 5, *L.* 14 § 1 *comm. div.* 10. 3). Dann wäre die prätorische a. de in rem verso, als Surrogat der a. quod jussu, und mit dieser parallel gehend, überhaupt nicht nöthig gewesen. Man muß aber bedenken, daß die freiere Ausbildung der Klagen sehr allmälig eintrat, und daß also vielleicht die a. de in rem verso zu einer Zeit in das Edict aufgenommen wurde, in welcher jene Erweiterung der a. neg. gest. noch nicht vorgenommen, oder noch nicht allgemein anerkannt war.

Die s. g. actiones adjectitiae qualitatis sind hier so aufgefaßt worden, daß der Glaubiger zwei Schuldner hat, zwischen deren Verfolgung ihm die Wahl zusteht, so daß, wenn die prätorische Klage gewählt wird, dabei eine durch Stellvertretung contrahirte Obligation zum Grunde liegt. Diese Auffassung ist, mit Rücksicht auf den praktischen Erfolg, ganz richtig, auch nach den Ansichten und Formen des Justinianischen Rechts unbedenklich; in Beziehung auf die Formen des älteren Rechts aber muß folgende Modification hinzu gedacht werden. Wenn z. B. ein magister contrahirt hatte, so stand eigentlich nur dieser als Schuldner in der Obligation; das dare oportere konnte nur von ihm behauptet werden, und nur er wurde mit diesem Ausdruck in der intentio erwähnt. Auf den exercitor wurde nicht die Obligation, sondern die Klage (das condemnari aportere) übertragen, er mußte sich aus der gegen einen Anderen begründeten Klage verurtheilen lassen, und diese seine Verpflichtung wurde in der condemnatio ausgedrückt.

Die hier zusammen gestellten prätorischen Klagen sind augenscheinlich deswegen eingeführt worden, weil für die Fälle, worin sie gelten sollten, directe Klagen aus dem Civilrecht nicht vorhanden waren. Daher muß es auffallen, daß in mehreren Stellen gesagt wird, neben ihnen sey der

Glaubiger auch noch zu directen Klagen berechtigt (bb). Man hat diesen scheinbaren Widerspruch durch die Annahme zu entfernen gesucht, daß die Civilklagen im Laufe der Zeit über ihr ursprüngliches Gebiet hinaus erweitert worden seyen (cc). Allein unter dieser Voraussetzung wären ja jene prätorischen Klagen in der That entbehrlich geworden, die doch überall als praktisch wichtig, ja unentbehrlich, dargestellt werden. Die wahre Lösung der Schwierigkeit liegt aber darin, daß in jenen Stellen nicht etwa Civilklagen überhaupt als anwendbar angegeben werden, sondern nur eine einzige Civilklage, und zwar eine condictio. Diese aber bezieht sich hier auf Fälle, in welchen der Sohn oder Sklave ein Gelddarlehen mit des Hausvaters Willen, oder zu dessen Vortheil, aufgenommen hat. Durch diese Handlung ist dem Hausvater das Eigenthum des Geldes erworben, und so gegen ihn zugleich die Darlehensklage unmittelbar begründet worden (dd). Indem nun dieses einzelne Rechtsgeschäft eine selbstständige Civilklage gegen den Hausvater begründete, wurden dadurch

bb) § 8 *J. quod cum eo* (4. 7), *L.* 29 *de reb. cred.* (12. 1), *L.* 5 *pr. quod jussu* (15. 4), *L.* 17 § 4. 5 *de instit.* (15. 3).

(cc) So Schrader in seiner Ausgabe der Institutionen, in einer Note zu § 8. *J. quod cum eo* (4. 7).

(dd) In den zwei letzten der oben (Note bb) angeführten Stellen wird das Darlehen als Grund der Klage ausdrücklich erwähnt. — Von diesem Fall des Darlehens, in Beziehung auf die Stellvertretung, wird noch weiter unten (§ 57) die Rede seyn.

freilich die viel umfassenderen, allgemeineren, prätorischen Klagen nicht entbehrlich (ee).

§. 55.

I. Vertrag. B. Personen. Stellvertretung (Fortsetzung).

Der alte Grundsatz über die Stellvertretung (§ 54) wurde schon frühe durch eine Anzahl reiner Ausnahmen beschränkt. Einige derselben beruhten auf neu erfundenen prätorischen Klagen, und diese sind bereits dargestellt worden (§ 54); andere wurden dadurch bewirkt, daß der Prätor unmittelbar eingriff, und die gewöhnlichen Schuldklagen, abweichend von jenem alten Grundsatz, gestattete oder versagte, wenn ein praktisches Bedürfniß dazu dringend aufforderte. Diese zweite Art von Ausnahmen soll nunmehr dargestellt werden.

(ee) Mit der hier versuchten Auffassung der Sache stimmt überein Chambon (s. o. Note x) S. 251—268. — Eine Bestätigung liegt noch in folgendem Umstand. In der angeführten Stelle der Institutionen (Note bb) wird die Concurrenz der condictio mit unsren prätorischen Klagen in sehr umfassender Weise dargestellt, und dabei nur die actio de peculio mit Stillschweigen übergangen. Der Grund liegt aber darin, daß, wenn es ein Sohn ist, der das Gelddarlehen empfängt, sowohl die condictio gegen den Vater, als die actio de peculio, ausgeschlossen wird durch die exc. Sc. Macedoniani (*L.* 6 *C. ad Sc. Mac.* 4. 28, *L.* 7 §. 10 *D. eod.* 14. 6), anstatt daß die institoria, so wie die übrigen oben genannten Klagen, durch diese Exception nicht ausgeschlossen werden. *L.* 7 § 11. 12, *L.* 12, *L.* 17 *de Sc. Mac.* 14. 6.

7. Verträge der Vormünder.

Wenn ein Vormund für das Vermögen des Mündels Forderungen erwirbt oder Schuldverträge schließt, so ist er ein fremder Stellvertreter, also nach dem alten Grundsatz zu einer wirksamen Vertretung unfähig. Daher hafteten die Rechte und die Verpflichtungen auf dem Vormund selbst, und daraus konnten Verwickelungen und Gefahren hervorgehen, die gewiß nicht in dem Zweck des Instituts lagen (a).

Eine thatsächliche Aushülfe lag darin, daß der Vormund aus der Kasse des Mündels die übernommenen Schulden abtragen konnte. Wenn am Ende der Tutel unerledigte Rechtsverhältnisse übrig waren, so mußte durch Abrechnung, Cessionen und Novationen geholfen werden.

Eine vollkommen ausreichende juristische Hülfe konnte dadurch bewirkt werden, daß der Mündel selbst den Vertrag schloß, und der Vormund auctorirte; nun kam das Recht und die Verpflichtung sogleich unmittelbar auf die Person des Mündels. Das war aber unanwendbar während der Kinderjahre des Mündels: eben so, wenn der Mündel und der Vormund nicht an demselben Orte lebten. — Ferner konnte dadurch geholfen werden, daß der Vormund nicht selbst eine Stipulation schloß, sondern einem Sklaven des

(a) Spuren dieses strengen Grundsatzes finden sich in *L.* 11 § 6 *de pign. act.* (13. 7), *L.* 5 *C. quando ex facto* (5. 39). — Die schwankenden Ausdrücke: non semper, und nisi certis ex causis in diesen Stellen erklären sich aus der späteren Umbildung des Grundsatzes selbst (§ 56).

Mündels befahl, sie zu schließen; dadurch wurde der Mündel unmittelbar Glaubiger. Allein ein Sklave war nicht immer zur Hand, und zu gerichtlichen Geschäften war derselbe ganz unfähig.

Wenn nun am Ende der Vormundschaft Forderungen und Schulden, die sich auf den Mündel hätten beziehen sollen, bei dem Vormund zurückgeblieben waren, so half der Prätor, unmittelbar eingreifend, dadurch, daß er die Schuldklagen für und wider den Vormund versagte, und dagegen für und wider den Mündel gab, gerade so, als ob dieser selbst der wahre Glaubiger oder Schuldner gewesen wäre. Es geschah dieses besonders in den Fällen, in welchen der Vormund in das Schuldverhältniß persönlich eingetreten war, nicht aus Unkunde oder Willkür, sondern weil er es aus den oben angegebenen Gründen (z. B. wegen der Kindheit des Mündels) nicht hatte vermeiden können (b).

In ähnlicher Weise wurde bei dem Anfang der Vormundschaft die Caution des Vormundes durch Stipulationen bewirkt, die ein Sklave des Mündels, oder ein öffentlicher Sklave, oder auch wohl eine obrigkeitliche Person selbst abschloß (c).

Bei der Adrogation eines Unmündigen wurde ein öffentlicher Sklave dazu gebraucht, den noch unbekannten fünf-

(b) *L.* 2 *pr. L.* 9 *pr. de adm.* (26. 7), *L.* 26 *C. eod.* (5. 37). — *L.* 5. 6. 7. 8 *quando ex facto* (26. 9), *L.* 1. 2. 3. 4 *C. eod.* (5. 39). — *L.* 26 *de R. C.* (12. 1), *L.* 5 § 9 *de pec. const.* (13. 5.).

(c) *L.* 1 § 15 *de mag. conv.* (27. 8), *L.* 2. 3. 4 *pr. L.* 6 *rem pup.* (46. 6).

tigen Interessenten ihre Ansprüche auf das Vermögen durch Stipulationen zu sichern (d).

8. Verträge der Verwalter eines städtischen Vermögens (e).

Hier traten ähnliche Verhältnisse ein, wie die, welche so eben bei dem Vormund erwähnt worden sind. Auch hier also kann völlig geholfen werden, indem einem Sklaven der Corporation Befehl gegeben wird, durch Stipulation eine Forderung zu erwerben. Außerdem wird zunächst der verwaltende Beamte selbst Glaubiger oder Schuldner; nur kommt es auch hier vor, daß die Klagen als utiles actiones auf die Stadtgemeine unmittelbar übertragen werden (f).

9. Vertretung der Parteien im Prozeß (g).

Durch einen Rechtsstreit können Forderungen und Schulden von mancherlei Art entstehen. Zunächst die actio judicati als Forderung des Klägers gegen den verurtheilten Beklagten. Ferner Forderungen aus den durch den Prozeß veranlaßten Stipulationen, ganz besonders aus der Stipulation judicatum solvi.

Wenn nun der Rechtsstreit von einer Partei (sey es

(d) *L.* 18 *L.* 19 *pr.* § 1 *de adopt.* (1. 7).

(e) Ueber die Verwaltungsrechte der actores oder syndici einer res publica vgl. System B. 2 § 92.

(f) *L.* 18 § 13 *ad mun.* (50. 1), *L.* 11 *pr.* § 1 *de usuris* (22. 1), *L.* 5 § 7. 8. 9 *de pec. const.* (13. 5), *L.* 27 *de R. C.* (12. 1).

(g) Dieser Fall kann hier nur beiläufig, der Vollständigkeit wegen, erwähnt werden; die genauere Untersuchung gehört in die Geschichte des Prozesses. Vgl. über denselben Bethmann-Hollweg Versuche S. 225—232.

der Kläger oder der Beklagte) nicht in eigener Person, sondern durch einen Stellvertreter, geführt wurde, so war nach der Regel des älteren Prozesses zu unterscheiden, ob der Stellvertreter ein Cognitor oder ein Procurator war. Im ersten Fall kamen die Forderungen und die Schulden gleich unmittelbar auf die Partei, nicht auf den Vertreter. Im zweiten Fall kamen sie zunächst auf den Vertreter (den Procurator), nicht auf die Partei; sie mußten also auf diese erst hinterher durch Cessionen oder baaren Ersatz, nöthigenfalls also durch Klagen zwischen der Partei und dem Procurator, übertragen werden (h).

Im Justinianischen Recht ist der Cognitor völlig verschwunden. Allein auch der eben erwähnte Grundsatz für die Procuratoren ist schon lange vor Justinian nicht in der ursprünglichen Strenge festgehalten worden. Vielmehr wurde für das praktische Bedürfniß dadurch gesorgt, daß der Prätor unmittelbar eingriff, indem er die Klagen, die eigentlich für und wider den Procurator begründet waren, für und wider die Partei selbst übertrug. Jedoch geschah dieses nicht durch eine allgemeine Beseitigung der älteren Regel,

(h) Vatic. Fragm. §. 317. 331. 332. — Keller Litiscontestation § 39—41. — Aber auch bei dem Cognitor war die Form die, daß die Condemnation zunächst auf ihn selbst gerichtet, dann aber die actio judicati gegen ihn versagt wurde. Die Partei selbst konnte nun mit der actio judicati verklagt werden, oder auch unmittelbar aus der von ihr geleisteten stipulatio judicatum solvi.

sondern nur nach der Prüfung der Verhältnisse in jedem einzelnen Falle, also nur causa cognita (i).

Insofern gehört die Behandlung der Obligationen in Prozessen, die durch Stellvertreter geführt werden, in die Reihe der einzelnen Ausnahmen, wodurch der alte Grundsatz über die Stellvertretung (§ 54) mehr und mehr beschränkt wurde.

§. 56.

I. Vertrag. B. Personen. Stellvertretung (Fortsetzung).

Der alte Grundsatz über die Stellvertretung (§ 54) ist durch eine Reihe einzelner Ausnahmen beschränkt worden (§ 54. 55). Man hat aber auch den Grundsatz selbst umgebildet, indem man ihn auf Verträge einer gewissen Art einschränkte, bei Verträgen anderer Art aber nicht mehr gelten ließ. Diese Umbildung soll nunmehr dargestellt werden.

Dieselbe ist anzuknüpfen an die schon oben erwähnte Unterscheidung der Verträge in förmliche und formlose (§ 52. q.). Bei der ersten Classe wurde der alte, beschränkende Grundsatz als solcher beibehalten, bei der zweiten

(i) Die wichtigsten Stellen sind *L.* 17—28 *L.* 68 *de proc.* (3. 3), *L.* 79 *de V. O.* (45. 1), *L.* 5 *de stip. praet.* (46. 5). — Die Schwierigkeit in der Erklärung, so wie die Feststellung des richtigen Textes, hängt bei mehreren dieser Stellen mit dem allmäligen Verschwinden der Cognitoren zusammen, wodurch manche Interpolationen veranlaßt seyn mögen.

Classe wurde er völlig aufgegeben. Diese wichtige Veränderung wurde nicht etwa durch eine äußere Vorschrift bewirkt. Sie ereignete sich daher nicht plötzlich, und so daß man dafür einen bestimmten Anfangspunkt angeben könnte; sie entstand vielmehr ganz allmälig, von innen heraus, und indem in einzelnen Anwendungen das praktische Bedürfniß einer freieren Behandlung anerkannt wurde. Dennoch findet sich auch eine merkwürdige Stelle, worin jene Veränderung grundsätzlich, und mit bestimmter Erwähnung des Gegensatzes beider Classen der Rechtsgeschäfte, anerkannt wird. Zum richtigen Verständniß dieser wichtigen Stelle muß aber voraus daran erinnert werden, daß sowohl der alte, strenge Grundsatz, als dessen neuere Umbildung, keinesweges allein auf die Entstehung der Obligationen, also auf die Verträge, sich bezog, sondern auf alle Rechtsgeschäfte überhaupt, die das Vermögen zum Gegenstand haben; also auch im Eigenthum, und den Rechtsinstituten, die sich dem Eigenthum anschließen, sollten Kinder und Sklaven fähig seyn, den Hausvater durch Erwerb zu bereichern, aber nicht durch Veräußerung ärmer zu machen; dagegen sollten freie Personen unfähig seyn zu jeder Stellvertretung eines Anderen in solchen Rechtsgeschäften, wodurch dessen Vermögen vermehrt oder vermindert werden möchte (a). Auch dieser strenge Grundsatz in Beziehung auf die das Eigenthum betreffenden Rechtsgeschäfte

(a) Vgl. System B. 3 § 113.

wurde späterhin zwar für die förmlichen Rechtsgeschäfte festgehalten, für die formlosen aber aufgegeben.

Die angedeutete Stelle nun, worin diese wichtige Veränderung grundsätzlich, und im Gegensatz beider Classen von Rechtsgeschäften, anerkannt wird, lautet also (b):

> Modestinus (c) lib. XIV, ad Q. Mucium. Ea, quae civiliter adquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem (d): quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet, volentibus nobis possidere, adquirimus.

Bei unbefangener Erwägung dieser Stelle ist es nun zuvörderst ganz einleuchtend, daß nicht etwa die Erwerbung des Besitzes (nach einer sehr verbreiteten Meinung) allen übrigen Erwerbungen entgegengesetzt wird, sondern daß vielmehr zwei grundsätzlich verschiedene Classen von Erwerbungen unterschieden werden, deren jede durch ein einzelnes Beispiel erläutert werden soll. Den eigentlichen Gegensatz aber bilden nicht etwa die verschiedenen Formen der Er-

(b) *L.* 53 *de adqu. rer. dom.* (41. 1).

(c) Von der Richtigkeit dieses Namens wird sogleich weiter die Rede seyn.

(d) Stipulationem ist die Florentinische Leseart; viele Handschriften lesen *per stipulationem*, manche *per stipulationes* (so z. B. die meinige), eine Conjectur geht auf *stipulatione*. (SCHULTING notae ad Dig. T. 6 p. 367). Alle diese Abweichungen sind gleichbedeutend, und werden sogleich widerlegt werden. — *Per mancipationem* wird gar nicht als Berichtigung des Pandektentextes behauptet, sondern im Gegensatz einer angeblichen Interpolation.

werbung, sondern die Rechte selbst, die in der einen oder der anderen Form erworben werden, also die Gegenstände der Erwerbung.

So verhält es sich ganz unzweifelhaft in der zweiten Hälfte der Stelle, deren Leseart und Erklärung unbestritten ist. Der Erwerb durch freie Stellvertreter soll zugelassen werden bei denjenigen Rechten, die auf formlose Weise erworben werden (quod naturaliter adquiritur), und als Beispiel für diese Classe von Rechten wird ganz offenbar die possessio angegeben. Denn possessio ist ja nicht etwa eine Form der Erwerbung, sondern ein durch gewisse Handlungen zu erwerbendes Recht.

Soll nun die Stelle den inneren Halt und Zusammenhang haben, den wir bei jedem besonnenen Schriftsteller voraussetzen dürfen, so muß die erste Hälfte völlig denselben Gang des Gedankens, wie die zweite Hälfte, enthalten, worauf denn auch in der That ihre Ausdrücke hindeuten. Sie sagt, daß nur der Erwerb durch unsere Kinder und Sklaven zulässig sey bei denjenigen Rechten, die auf förmliche Weise erworben werden (ea quae civiliter adquiruntur), und als Beispiel für diese Classe von Rechten wird die stipulatio angegeben (ea quae . . . adquirimus, veluti stipulationem). So ist ein vollständiger Parallelismus zwischen beiden Hälften der Stelle unverkennbar.

Gegen diese Erklärung scheint nun auf den ersten Blick der Umstand zu streiten, daß stipulatio ursprünglich nicht

ein Recht bezeichnet, sondern eine juristische Handlung, ein Rechtsgeschäft. Allein in unzweifelhaften Stellen von Papinian und Ulpian bezeichnet der Ausdruck auch ein Recht, nämlich die durch Stipulation begründete Obligation, die Stipulationsklage, und in diesem Sinne sprechen auch die eben angeführten alten Juristen von adquirere stipulationem (e). Den Sprachgebrauch von Papinian und Ulpian aber dürfen wir unbedenklich auf die Erklärung einer Stelle des Modestin, oder wer sonst der wahre Verfasser seyn mag, anwenden. — Indem nun aber dieser Sprachgebrauch ein zwar völlig sicherer, dennoch nicht sehr häufiger war, konnte er von Erklärern und Abschreibern leicht übersehen werden. Daraus erklären sich die oben angeführten Varianten und Conjecturen: per stipulationem u. s. w. (Note d). Sie sind insgesammt verwerflich, zuerst weil sie nach genauerer Erwägung unnöthig sind, ferner weil sie den Parallelismus mit der zweiten Hälfte aufheben, endlich weil sie eine höchst gezwungene Construction voraussetzen, anstatt der wirklich vorhandenen einfachen und natürlichen.

(e) *L.* 15 § 3 *de castr. pec.* (49. 17) (Papin.) „... Quae ratio suadet, ut, si ab ipso patre servus, qui ad filium pertinet, stipuletur ex quacunque causa, vel traditum accipiat: *sic adquiratur filio res et stipulatio*, quemadmodum si exter promisisset...". — *L.* 7 *pr. de auct.* (26. 8) (Ulpian.) „Quod dicimus, in rem suam auctoritatem accommodare tutorem non posse, totiens verum est, quotiens per semet ipsum vel subjectas sibi personas *adquiritur ei stipulatio* ...". — Eben so ferner: *L.* 18 *pr.* § 3 *de stip. serv.* (45. 3) von Papinian, und *L.* 25 § 2 *de usufr.* (7. 1) von Ulpian.

Denn nach diesen Lesearten enthielten die Worte veluti per stipulationem ein erläuterndes Beispiel für das Wort civiliter, in dessen Nähe sie also auch stehen müßten, anstatt daß sie jetzt an einem ganz entfernten Orte stehen, und nur zu dem unmittelbar vorhergehenden adquirimus als Beispiel construirt werden können. — Dieselben Gründe aber stehen auch der Behauptung neuerer Schriftsteller im Wege, die zwar den Florentinischen Pandektentext nicht anfechten, wohl aber behaupten, der alte Jurist habe geschrieben: per mancipationem, und Tribonian habe dafür gesetzt: per stipulationem (f). Außerdem ist die Annahme dieser Interpolation völlig willkürlich und unbegründet, da die Stelle, so wie sie jetzt lautet, auch vom Standpunkte der alten Juristen aus, völlig befriedigend erscheint.

Der hier aufgestellten Erklärung der Stelle ist auch noch der Einwurf entgegengestellt worden, daß die Stipulation gar nicht allgemein juris civilis gewesen sey (so wie es hier vorausgesetzt werden mußte), sondern theils juris civilis, theils juris gentium (g). Dieser Einwurf beruht auf einer Verwechselung, die ich bereits an einem andern

(f) Puchta Institutionen § 203. n. Vangerow S. 294. Buchka S. 116. — Wollte man etwa versuchen, blos mancipationem zu setzen, nicht *per* mancipationem, so würde Dieses noch unzulässiger seyn. Denn mancipationem adquirere (anstatt rem oder dominium per mancipationem) hat gewiß nie ein alter Jurist gesagt, und die Analogie von stipulationem adquirere würde durchaus nicht geltend gemacht werden können.

(g) Puchta Institutionen B. 2 § 203. n.

Orte nachzuweisen versucht habe (h). Die Stipulation war großentheils juris gentium in dem Sinne, daß auch die Peregrinen dazu für fähig erachtet wurden. Sie war und blieb aber zu allen Zeiten juris civilis in dem Sinne, daß sie auf einer streng positiven Form der Willenserklärung beruhte, also ohne Beobachtung dieser Form gar nicht vorhanden seyn, noch wirken konnte. Von einem solchen Gegensatz der Formen aber ist in unserer Stelle allein die Rede, nicht von der persönlichen Handlungsfähigkeit.

Wird nun diese Erklärung der Stelle an sich als begründet anerkannt, so bedarf sie nach zwei Seiten einer Ergänzung, die ganz in dem Gedanken des Verfassers liegt, und ohne welche der wahre Sinn derselben nicht verstanden werden würde.

Zuerst könnte der in der Stelle stets wiederkehrende Ausdruck adquirere zu dem Mißverständniß verleiten, als wollte der Verfasser blos von dem Eigenthum und den demselben verwandten Instituten sprechen. Gegen diesen Irrthum schützt das in der Stelle gebrauchte Beispiel der Stipulation. Wenn wir aber diesen Gedanken weiter verfolgen, so müssen wir annehmen, daß der Verfasser auch in der zweiten Hälfte der Stelle an Obligationen durch formlose Verträge gedacht hat. Er hätte also das hier gebrauchte Beispiel: sicuti est possessio, ergänzen können durch die Worte: vel emtionis, venditionis contractus, und

(h) S. o., B. 1 § 5. 6, S. 27. 31.

es ist ganz zufällig, daß Dieses nicht geschehen ist. Im Sinne des alten Juristen lag auch dieses Beispiel ohne Zweifel.

Ferner spricht die Stelle ausdrücklich nur von adquirere, also nur von Handlungen, wodurch Etwas erworben, also das Vermögen vermehrt wird. Aber im Sinne der Stelle liegt es unzweifelhaft, daß auch diejenigen formlosen Handlungen durch freie Stellvertreter möglich sind, wodurch das Vermögen vermindert wird, wie durch Veräußerung, oder durch die Uebernahme von Schulden. So verhält es sich nach den deutlichsten Zeugnissen bei dem Besitz (i), obgleich davon unsere Stelle Nichts sagt. Eben so aber muß es sich ganz gewiß auch verhalten bei der Uebernahme von Schulden durch formlose Verträge. Daran läßt sich um so weniger zweifeln, als gerade bei den wichtigsten dieser Verträge (z. B. dem Kauf) der Erwerb von Rechten mit der Uebernahme von Verpflichtungen unzertrennlich verbunden ist (§ 52 Nr. 2).

Zuletzt ist noch von dem Verfasser unserer Stelle Rechenschaft zu geben. Nach allen bekannten Handschriften und Ausgaben ist Modestinus der Verfasser. Dagegen ist aber der erhebliche Grund geltend gemacht worden, daß das hier angegebene Werk: Modestinus ad Q. Mucium in dem Index Florentinus gar nicht vorkommt, und auch in

(i) § 42. 43 *J. de rer. div.* *L.* 9 § 9 *de adqu. rer. dom.* (2. 1), *L.* 41 § 1 *de R. V.* (6. 1), (41. 1).

den Digesten nur bei zwei Stellen als Ueberschrift angegeben wird (k), anstatt daß von Pomponius ad Q. Mucium eine große Zahl von Stellen in die Digesten aufgenommen ist. Daher haben die gründlichsten Kritiker in der Ueberschrift unserer Stelle den Namen Modestinus durch Pomponius zu emendiren versucht (l). — Aus inneren Gründen würde ich geneigter seyn, den handschriftlichen Namen Modestinus vorzuziehen, weil ein so entschiedener grundsätzlicher Ausspruch, wenn er in der weit früheren Zeit des Pomponius erlassen worden wäre, wahrscheinlich mehrfache Erwähnung in den vielen Schriften der nachfolgenden großen Juristen nach sich gezogen hätte. Dieser Grund findet keine Anwendung auf Modestinus, nach dessen Zeit fruchtbare juristische Schriftsteller nicht mehr aufgetreten sind.

Wir wollen nun kurz zusammenfassen, welcher geschichtliche Zusammenhang aus der hier aufgestellten Erklärung unserer Stelle hervorgeht.

Der strenge, für den Verkehr unbequeme, Grundsatz des alten Rechts, welcher die freie Stellvertretung für alle

(k) *L.* 53 *de adqu. rer. dom.* (41. 1) aus Modestinus lib. XIV. ad Q. Mucium, und *L.* 54 *eod.* aus Modestinus lib. XXXI. ad Q. Mucium.

(l) D'Arnaud conject. Lib. 2 Cap. 29. — Schulting notae ad Dig. T. 6 p. 366. — Bluhme, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft B. 4 S. 441.

Rechtsgeschäfte ausschloß (§ 54), wurde im Lauf der Zeit, durch Anerkennung des praktischen Bedürfnisses, umgebildet.

Zuerst geschah Dieses ganz entschieden bei dem Erwerb und Verlust des Besitzes. Damals bildete sich die Regel: der Besitz sey das einzige Recht, das durch freie Stellvertreter erworben werden könne, und die so formulirte Regel pflanzte sich lange Zeit traditionell fort, bis in Zeiten hinüber, worin sie ihre Wahrheit längst verloren hatte (m).

Bald aber wurde auch für andere formlose Rechtsgeschäfte die Wirksamkeit freier Stellvertretung anerkannt. Zuerst nur in manchen einzelnen, allerdings wichtigen und entscheidenden Anwendungen. Dann aber auch grundsätzlich, mit ausdrücklicher Unterscheidung der förmlichen (civilen) und der formlosen (naturalen) Handlungen. Dieses letzte geschah vielleicht schon zur Zeit des Pomponius (im zweiten Jahrhundert), vielleicht erst zur Zeit des Modestinus (im dritten), nach manchen Schriftstellern sogar erst unter Justinian, nämlich wenn die oben widerlegte Annahme einer ursprünglichen Leseart per mancipationem richtig wäre (n).

(m) § 5. *J. per quas pers.* (2. 9.), *L.* 1 *C. eod.* (4. 27), Paulus V. 2 § 2. — Vgl. Savigny Besitz § 26, und: System B. 3 § 113. p. — Freilich Puchta Inst. B. 2 § 203. n. nimmt diese Stellen als vollgültige Zeugnisse für das neueste Recht an.

(n) S. o. Note. f. — Es ist schwer zu begreifen, wie Puchta, und die, welche ihm hierin folgen, aus der angeblichen Interpolation

Wir wollen aber ferner den praktischen Erfolg dieser neuen Entwickelung mehr im Einzelnen in's Auge fassen, und zwar zunächst für das Justinianische, dann auch für das heutige Recht.

Im Justinianischen Recht ist für die förmlichen Rechtsgeschäfte die strenge alte Regel geblieben, aber der einzige Fall der Anwendung fand sich nur noch in der Stipulation. Bei dieser also war eine Stellvertretung durch freie Menschen stets unmöglich, durch Sklaven (o) war sie möglich, aber nur zum Erwerb, und hier wirkte sie nothwendig, und ohne Rücksicht auf den Willen des Herrn und des Sklaven.

Für die formlosen Rechtsgeschäfte dagegen ist jetzt jede Stellvertretung schlechthin möglich, ohne Unterschied zwischen Erwerb von Rechten und Uebernahme von Verpflichtungen, und ohne Rücksicht auf das persönliche Verhältniß des Stellvertreters. Alles beruht jetzt allein auf dem Willen der bei dem Geschäft thätigen Personen.

von Tribonian eine Unterstützung für ihre Meinung über den wahren Inhalt des Justinianischen Rechts herleiten wollen. Denn gerade, wenn die Interpolation wahr wäre (welches nicht anzunehmen ist), so würde daraus für das Justinianische Recht die von mir vertheidigte Regel unzweifelhaft werden, ja aus der Interpolation würde es recht klar seyn, daß die Compilatoren diese Regel mit Absicht und Bewußtseyn aufgestellt hätten.

(o) Ich sage: durch Sklaven, also nicht mehr, wie im früheren Recht, durch Sklaven und durch Kinder in väterlicher Gewalt. Denn diese sollten jetzt nicht mehr nothwendig dem Vater erwerben; wenn sie also freiwillig in seinem Namen Verträge schließen wollen, so stehen sie dazu in demselben Verhältniß, wie freie Stellvertreter. Das Genauere hierüber kann nur im Zusammenhang des Familienrechts klar gemacht werden.

Von diesen beiden Sätzen des Justinianischen Rechts ist für uns der erste spurlos verschwunden, weil wir weder Stipulationen noch Sklaven kennen. Der zweite Satz bildet also für das heutige Recht die einzige Regel für die Stellvertretung, so daß nunmehr die freie Stellvertretung in unbeschränkter Anwendung zulässig ist.

Eine entschiedene Anerkennung hat die hier aufgestellte Regel des heutigen Rechts in zwei Stellen des canonischen Rechts gefunden (p).

Zum Schluß dieser Untersuchung ist noch die Frage zu beantworten, wie der hier dargestellte Inhalt des heutigen Rechts zurück wirkt auf die oben angegebenen Ausnahmen des alten strengen Grundsatzes (§ 54. 55). Jene Ausnahmen waren zugelassen worden, um die den Rechtsverkehr sehr beschränkende Strenge desselben in der Anwendung zu mildern. Dieses Bedürfniß ist in dem heutigen Recht nicht mehr vorhanden, und so sind denn auch in der That die meisten Ausnahmen für das heutige Recht verschwunden. Dieses soll hier im Einzelnen nachgewiesen werden.

(p) *C.* 68 *de reg. jur.* in VI. (5. 12) „Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum." — *C.* 72 *eod.* Qui facit per alium, est perinde ac si faciat per se ipsum." — Diese Stellen sprechen die Regel abstract aus. Damit stimmen aber auch viele einzelne Anwendungen im canonischen Recht überein. Vgl. Buchka § 17.

Die exercitorische und institorische Klage (§ 54 Nr. 1. 2) wurden eingeführt, weil die Verträge des magister oder des institor gegen den Herrn des Geschäfts ein Klagrecht des dritten Contrahenten nicht hätten begründen können. Dieses Bedürfniß ist durch den heutigen Grundsatz der freien Stellvertretung verschwunden, und insofern könnten jene Klagen jetzt überflüssig erscheinen. Allein die Bedingungen der Zulässigkeit jener Klagen waren im Römischen Handelsrecht mit recht praktischem Sinn ausgebildet worden, und diese Ausbildung der genannten Institute ist für das heutige gemeine Recht durchaus anwendbar, wie denn auch neuere Germanisten davon sehr ausgedehnten Gebrauch gemacht haben (q).

Die Klage de peculio, wovon die tributoria eine bloße Modification ist (§ 54 Nr. 3. 4), kann nicht mehr vorkommen. Sklaven haben wir nicht, und auch bei Kindern in väterlicher Gewalt hat das Peculium nicht mehr die Römische Bedeutung. In solchen Fällen, worin das Römische Recht die Klage de peculio aus dem Vertrage eines Sohnes gegen den Vater zugelassen hätte, wird jetzt der Sohn entweder wie jeder andere Stellvertreter des Vaters, oder

(q) So Thöl Handelsrecht B. 1 § 34 fg. — Vgl. oben B. 1 § 27 a. — Allerdings ist es zweifelhaft und bestritten, in welcher Ausdehnung die Römischen Grundsätze im heutigen Recht gelten, insbesondere was die solidarische Verpflichtung mehrerer Eigenthümer einer Handlung, und was die persönliche Verpflichtung des institor betrifft. Vgl. Buchka S. 227. 244. 247 u. fg. Die Untersuchung dieser Fragen liegt außer den Gränzen der gegenwärtigen Aufgabe, und gehört dem heutigen Handelsrecht an.

auch nach Umständen als institor des Vaters, in Betracht kommen.

Eben so ist unanwendbar die Römische Klage quod jussu (§ 54 Nr. 5). Der Auftrag des Vaters an den Sohn, durch einen Vertrag Verpflichtungen zu übernehmen, wirkt jetzt so, wie jeder gleichartige Auftrag an einen Fremden.

Dasselbe muß behauptet werden für die actio de in rem verso (§ 54 Nr. 6). Denn der Grund, weshalb die Römer diese besondere Klage, bei Verträgen der Kinder und Sklaven, für nöthig hielten (§ 54 aa.), fällt im heutigen Recht selbst bei Kindern hinweg.

Auch die künstliche Aushülfe, welche der Prätor durch unmittelbares Eingreifen gewährte, wenn ein Vormund für den Mündel, der Verwalter eines städtischen Vermögens für die Stadt, der Procurator in dem Prozeß für die Partei, Verträge geschlossen hatte (§ 55 Nr. 7. 8. 9), muß jetzt als überflüssig angesehen werden. Alle diese Personen stehen jetzt unter der gemeinsamen Regel der allgemein zulässigen freien Stellvertretung. Insbesondere die Vormünder und die städtischen Beamten gründen ihr Recht der Vertretung zwar nicht auf einen ursprünglichen Auftrag, also auf Vertrag mit Dem, welchen sie vertreten, wohl aber auf ihre amtliche Stellung, die bei ihnen für jeden einzelnen Fall dieselbe Wirkung, wie bei anderen Personen ein Auftrag hat.

§. 57.

I. Vertrag. B. Personen. Stellvertretung (Fortsetzung.)

Die hier vorgetragene Lehre über das Justinianische Recht der Stellvertretung, abweichend von dem Recht der älteren Zeit, ist eigentlich nur auf eine einzige Stelle unserer Rechtsquellen gegründet worden. Wäre nun in der That nur dieses Zeugniß vorhanden, so würde ich darum nicht minder die Lehre selbst für wahr und begründet halten. Allein es könnte auffallend und bedenklich erscheinen, daß von einer so wichtigen, in den Lebensverkehr tief eingreifenden Veränderung keine anderen Spuren sich erhalten haben sollten. So ist es indessen nicht. Vielmehr finden sich gar manche Zeugnisse, die in einzelnen Anwendungen auf dieselbe Veränderung hindeuten, und so zur Unterstützung und Beglaubigung jenes allgemeinen, grundsätzlichen Ausspruchs dienen. Ich habe diese Zeugnisse bis jetzt nicht berührt, um den einfachen Gang der Untersuchung nicht zu unterbrechen. Indem ich sie gegenwärtig nachhole, wird sich zugleich Gelegenheit darbieten, den wahren Sinn der aufgestellten Regel selbst enger zu begränzen, und den Gegensatz derselben gegen andere, verwandte Rechtssätze, hervorzuheben.

Gehen wir nun auf den Inhalt unserer Rechtsquellen ein, soweit er das hier vorliegende Rechtsverhältniß berührt, so finden wir als unbestreitbare Thatsache, während des

ganzen Zeitraums der ausgebildeten Rechtswissenschaft anerkannt, die wichtige Unterscheidung der förmlichen und formlosen Rechtsgeschäfte, welche gerade bei den obligatorischen Verträgen eine ihrer wichtigsten Anwendungen findet (§ 52. q). An diese Unterscheidung knüpft sich die ganze oben vorgetragene Lehre (§ 56), und wir haben zunächst zu untersuchen, was aus dem Wesen der formlosen Verträge in consequenter Entwickelung nothwendig folgt.

Zu diesen formlosen Verträgen nun gehören zunächst die Consensualcontracte; ferner die Realcontracte, da das bei diesen hinzutretende ursprüngliche Hingeben durchaus nicht eine Form der Willenserklärung ist; dann das Constitutum; endlich auch das bloße Pactum, das überhaupt keine Klage, obgleich wichtige andere Wirkungen, erzeugt (a).

Für alle diese Verträge gilt die gemeinsame Regel, daß die Thatsache des erklärten übereinstimmenden Willens allein entscheidet, so daß die Form der Erklärung dieses Willens völlig gleichgültig ist. Diese Regel hängt zusammen mit dem Umstand, daß fast alle diese Verträge bonae fidei sind (Note a), woraus von selbst folgt, daß sie nur

(a) Das Commodat und das Depositum stehen hierin völlig auf gleicher Linie mit den Consensualcontracten, und alle diese Verträge stehen unzweifelhaft unter der Regel der bona fides. Nur das Darlehen ist, obgleich formlos, dennoch nicht bonae fidei, sondern stricti juris. Von der eigenthümlichen Natur des Darlehens aber, in Beziehung auf die Stellvertretung wird am Ende dieses §. besonders die Rede seyn.

nach dem Sinn und der Absicht der Parteien, unabhängig von civilen Formen, beurtheilt werden dürfen. Daher können diese Verträge geschlossen werden sowohl in Gegenwart der Parteien, als in Abwesenheit derselben; und in diesem letzten Fall kann es geschehen, sowohl durch einen Brief, als durch einen Boten, der einem lebendigen Brief zu vergleichen ist. Wird nun diese letzte Form gewählt, so ist der Bote (nuncius) der bloße Träger eines fremden Willens. Man kann nicht sagen, daß er den Vertrag schließt, welcher auf eine dritte Person zurückwirken soll, sondern die Parteien selbst schließen den Vertrag, und der Bote ist blos das Werkzeug der Willenserklärung (b).

Dieses Alles ist in unseren Rechtsquellen so deutlich und vielfach anerkannt, daß es nicht bezweifelt werden konnte (c).

(b) Es wäre also ganz irrig gewesen, die Zulässigkeit des nuncius zu verneinen wegen der Regel, daß Niemand durch die Handlungen einer libera persona Rechte erwerben könne; denn der Bote ist gar nicht der (juristisch) Handelnde, vielmehr ist es der Absender, der den Boten nur als das Organ seines Willens gebraucht. Diese Widerlegung des eben erwähnten Einwurfs findet sich deutlich ausgesprochen in folgender Stelle des Paulus. *L.* 15 *de pec. const.* (13. 5) „Et licet libera persona sit, per quam tibi constitui, non erit impedimentum, quod per liberam personam adquirimus: quia *ministerium tantummodo* hoc casu praestare videtur." — Auch außer den Verträgen kommen manche Fälle vor, worin der scheinbare Einwurf, als ob Einer durch des Anderen Handlung, im Widerspruch mit jener Regel, Rechte erwerbe, in ähnlicher Weise beseitigt wird. So in *L.* 72 *de proc.* (3. 3), *L.* 24 § 2 *de usur.* (22. 1), *L.* 12 *pr. de reb. auct. jud.* (42. 5), *L.* 3 *pr. quod vi* (43. 24), FRAGM. VATIC. § 112. 134.

(c) *L.* 2 § 2 *de O. et A.* (44. 7) „Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur: *veluti per epistolam, vel per nuncium*". (Von den Consensualcontracten). — *L.* 1 § 2

Auch wird es von den oben (§ 56) erwähnten Gegnern meiner Meinung ausdrücklich anerkannt (d). Wenn nun Diese dennoch die Möglichkeit einer Stellvertretung mit directer Wirkung auf den Vertretenen verneinen, so beruht augenscheinlich der ganze Streit der Meinungen auf der Unterscheidung des Boten (nuncius) vom Stellvertreter oder Bevollmächtigten (procurator), und wir müssen auf den wahren Sinn dieser Unterscheidung im wirklichen Leben eingehen, um eine scharfe Gränze zu finden, worauf hier Alles ankommt.

Die Benennung des Boten (nuncius), und die stets wiederkehrende Zusammenstellung desselben mit dem Briefe, führt leicht zu einer sehr beschränkten Auffassung dieses Begriffs. Der Brief ist ein bewußtloses und willenloses Werkzeug, und das kann unstreitig der Bote auch sein. Wenn ich ein Pferd kaufen will, der Verkäufer fordert Hundert, ich kann mich dazu nicht entschließen, wir gehen ohne Vertrag auseinander, ich sende aber nachher einen Boten mit der Erklärung, daß ich in die Forderung meines Gegners eingehe, so überbringt der Bote mein Ja-Wort, ohne zu wissen, wovon die Rede ist; er ist also ein bewußtloses und willenloses Werkzeug, völlig wie ein Brief.

de contr. emt. (18. 1). — *L.* 2 *pr. de pactis* (2. 14). — *L.* 14 § 3 *L.* 15 *de pec. const.* (13. 5). — Vgl. *L.* 1 § 1 *de proc.* (3. 3), *L.* 25 § 4 *de adqu. her.* (29. 2), *L.* 37 *pr. ad Sc. Treb.* (36. 1).

(d) Mühlenbruch § 11 S. 108. 109. Puchta Pandekten § 273. 275. Buchka S. 205.

Es ist aber gar kein Grund vorhanden, bei diesem höchst beschränkten Fall stehen zu bleiben. Wenn ich dem Boten sage, wovon die Rede ist, so daß er nicht das bloße Ja-Wort, sondern den vollständigen Inhalt meiner Willenserklärung überbringt, so ist derselbe nicht mehr ein bewußtloses Werkzeug (wie der Brief), wohl aber noch immer willenlos. Niemand wird zweifeln, daß dieser Vertrag noch immer als von mir selbst geschlossen gelten muß. Gesetzt aber, ich trage dem Boten auf, den Preis wo möglich auf Neunzig herunter zu handeln, im Nothfall jedoch auf Hundert einzuwilligen, so ist der Bote schon nicht mehr völlig willenlos, da ihm eine gewisse Freiheit der Wahl eingeräumt ist. Dieser Fall nun steht, wenn auf Hundert abgeschlossen wird, völlig auf gleicher Linie mit dem vorhergehenden Fall; bei dem Abschluß auf Neunzig ist eine gewisse Selbstthätigkeit des Vertreters sichtbar; dennoch wird schwerlich Jemand einen Unterschied beider Fälle zu behaupten versuchen, so daß in dem ersten Fall der Vertreter als bloßer Bote erschiene, mit directer Einwirkung auf den Vertretenen, im zweiten Fall aber als Bevollmächtigter, mit der Begründung von utiles actiones für und wider den Vertretenen.

Wir wollen nun noch einen Schritt weiter gehen. Gesetzt, ich habe bei einem Pferdehändler mehrere Pferde gesehen, deren Jedes besondere Vortheile und Bedenken zu haben scheint. Ich gebe nun einem Bekannten, der mehr von Pferden versteht als ich, den Auftrag, für mich dasjenige Pferd

auszusuchen, das er für das passendste hält, und es in meinem Namen zu kaufen, wobei ich ihm auch mehr oder weniger Freiheit in der Bestimmung des Preises überlasse. Hier hat der Vertreter einen sehr freien Spielraum für sein Urtheil und seinen Willen. Schließt er nun für mich den Vertrag ab, so muß er dennoch unbedenklich eben so angesehen und beurtheilt werden, wie der bloße Bote in den vorigen Fällen, welchen Namen wir ihm übrigens beilegen mögen. Denn mein, auf manichfaltige Entschlüsse gerichteter Wille, zwischen welchen der Stellvertreter die Wahl haben soll, ist ja noch immer *mein* Wille, und der Stellvertreter selbst erscheint in allen diesen Fällen, der anderen Partei gegenüber, als der bloße *Träger meines Willens*.

Die Vergleichung dieser verschiedenen Fälle führt zu der Ueberzeugung, daß sie alle, juristisch betrachtet, eine ganz gleiche Natur haben. Es ist gleichgültig, ob der Stellvertreter der anderen Partei meinen einfachen Entschluß überbringt, oder vielmehr einen unter mehreren, von mir gefaßten, Entschlüssen, nach seiner eigenen, freien Auswahl. Es ist also gleichgültig, ob der Stellvertreter in dem Geschäft mehr oder weniger selbstthätig erscheint. Eine scharfe Gränze zwischen diesen höchst mannichfaltigen Fällen zu ziehen, ist ganz unmöglich, und es ist auch kein innerer Grund für den Einfluß einer solchen Gränze vorhanden. Denn in eben diesen Fällen wird der Vertrag von mir, durch meinen Willen, geschlossen, und der Stellvertreter ist blos der Träger dieses meines Willens. Daher entstehen für ihn aus

dem Vertrag weder Rechte noch Verpflichtungen (e), wohl aber entstehen dieselben unmittelbar für mich; und zwar ist Dieses ganz die Lehre des Römischen Rechts. Wenn also meine Gegner in diesem Sinn einen Unterschied zwischen dem Boten und dem Bevollmächtigten machen wollen, so muß ich ihre Lehre entschieden verwerfen (f).

Dagegen muß allerdings von anderer Seite ein wichtiger Unterschied in den Fällen der Stellvertretung anerkannt werden, und die Verwechselung der beiden hier vorliegenden Gegensätze erscheint mir als der wahre Grund der in dieser Lehre wahrnehmbaren Verschiedenheit der Meinungen.

Wenn ich überhaupt mit Hülfe eines Stellvertreters einen Vertrag abschließen will, so ist Dieses auf zweierlei Art möglich.

(e) Ich sage: aus dem Vertrag, so daß also die andere Partei den Stellvertreter weder verklagen, noch von ihm verklagt werden kann. Denn mir haftet allerdings der Stellvertreter aus dem Mandat, welches er redlich und mit gehöriger Vorsicht zu vollziehen hat.

(f) Ich drücke mich absichtlich problematisch aus: Wenn meine Gegner u. s. w., denn keiner unter ihnen hat den Begriff des nuncius, den sie sich gefallen lassen (weil er im Römischen Recht überall zugelassen wird) genau bestimmt. Puchta's Ausdruck („Träger der Willenserklärungen") ist mit meiner Auffassung völlig vereinbar. Dagegen scheint die geringschätzige Art, womit sie überall den nuncius nur beiläufig erwähnen und abfertigen, vielmehr auf die unrichtige Auffassung hinzudeuten, die ich oben im Text zu widerlegen versucht habe. Buchka S. 206 drückt unter Allen am bestimmtesten die Gränze zwischen dem Boten und dem Stellvertreter aus, die ich hier bekämpfe.

Es kann geschehen erstlich in der Art, daß der Vertreter in meinem Namen auftritt, unterhandelt und abschließt. Das ist der bisher von mir vorausgesetzte Fall, wobei es ganz gleichgültig ist, ob ich dem Vertreter mehr oder weniger Freiheit und Selbstthätigkeit überlasse. — Dann entstehen gegenseitige Klagen unmittelbar zwischen mir und der Gegenpartei, so daß diese Gegenpartei mit dem Stellvertreter in gar kein Rechtsverhältniß kommt (g). Der Grund liegt darin, daß die Gegenpartei nur mich als ihren Contrahenten ansieht, den Stellvertreter nicht (h).

Es kann aber auch geschehen zweitens in der Art, daß der Stellvertreter in seinem eigenen Namen unterhandeln und abschließen soll, so daß, unserer Absicht nach, erst die späteren Folgen des Vertrags auf mich übergehen sollen.

(g) Es wird vorausgesetzt, daß sich der Vertreter in den Gränzen des ihm gegebenen Auftrags hält. Nach diesen Gränzen hat die Gegenpartei, wenn sie sicher gehen will, sich zu erkundigen, ganz wie bei den Verträgen mit einem magister oder institor (§ 54 i. o.).

(h) So wird es sich fast immer verhalten bei der Stellvertretung für ein einzelnes Rechtsgeschäft, wobei die wahren Contrahenten nicht daran denken werden, dem Stellvertreter Rechte einzuräumen, oder Verpflichtungen aufzulegen. Wenn in einzelnen, seltenen, Fällen die Gegenpartei den Stellvertreter mit in die Obligation hereinziehen will, so kann Dieses durch die Uebernahme einer Correalschuld oder einer Bürgschaft geschehen. — Bei einer viele Geschäfte umfassenden Vertretung, wie die des institor ist, wird es sich oft ganz anders verhalten. Hier wird vielleicht der dritte Contrahent nur den institor kennen, und ihm persönlich vertrauen; das Eigenthum des Geschäfts kann unbekannten, entfernten Personen, vielleicht einer Societät, zustehen. Darum ist es hier der Natur des Instituts angemessen, daß der Dritte die Wahl hat zwischen der institoria gegen den Eigenthümer, und der Contractsklage gegen den institor. (Vgl. jedoch oben § 56. q.)

Hier entstehen gegenseitige Klagen nur zwischen dem Dritten und dem Vertreter, nicht zwischen dem Dritten und mir, weil der Dritte gar nicht an mich dachte, nicht mit mir ein Geschäft eingehen wollte. Der Vertreter hat dann das eingekaufte Pferd an mich zu übertragen, das Kaufgeld von mir zu empfangen u. s. w.

Dennoch können auch in diesem zweiten Fall indirecte Klagen zwischen mir und dem Dritten entstehen. Ich klage gegen den Dritten mit der Contractsklage, die mir mein Stellvertreter cedirt und cediren muß; daher auch ohne wirkliche Cession mit einer utilis actio (i). — Der Dritte klagt gegen mich mit einer utilis actio, nach der Analogie der institorischen Klage; der Grund liegt darin, daß er mit seiner Contractsklage den Stellvertreter hätte zwingen können, ihm seine Regreßklage gegen mich (die actio mandati contraria) zu cediren. —

Will man den Gegensatz dieser beiden Fälle durch die Ausdrücke nuncius und procurator bezeichnen, so wäre dagegen an sich Nichts einzuwenden, nur ist damit nicht viel gewonnen, da diese Ausdrücke schwankend sind, und schwerlich eine allgemeine Anerkennung in diesem Sinn finden werden.

Bevor ich Stellen des Römischen Rechts anführe, die mit der hier aufgestellten Lehre übereinstimmen, muß ich aber noch die Bemerkung ergänzend hinzufügen, daß in den

(i) Vgl. oben B. 1 § 23 Nr. IV. S. 239 fg.

Fällen der Stellvertretung zweiter Art die förmlichen und formlosen Verträge gar nicht verschieden sind. Wenn Jemand in meinem Auftrag, und zur Besorgung meiner Geschäfte, in eigenem Namen stipulirt oder promittirt, so entstehen directe Klagen nur zwischen ihm und dem Dritten; dagegen entstehen indirect Klagen zwischen mir und dem Dritten, vermittelst einer wahren oder fingirten Cession, so wie nach der Analogie der institorischen Klage (k). Es gilt also hierin völlig Dasselbe, welches so eben für den Kauf und andere formlose Geschäfte behauptet worden ist. Hierin ist zwischen den förmlichen und formlosen Verträgen durchaus kein Unterschied (l).

Ulpian entscheidet einen Fall vom Depositum genau nach der hier aufgestellten Unterscheidung zwischen der Stellvertretung erster und zweiter Art (m):

Si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri pos-

(k) Ein solcher Fall von der actio ad exemplum institoriae actionis, wenn mein Procurator in meinen Geschäften promittirt, kommt vor in *L.* 19 *pr. de inst.* (14. 3). — Eben so umgekehrt bei dem Erwerb eines Klagrechts. *L.* 26 *de reb. cred.* (12. 1).

(l) Daraus folgt also, daß die Unterscheidung des Modestin zwischen förmlichen und formlosen Verträgen (§ 56) eine praktische Bedeutung hat nur bei einem Stellvertreter der ersten Art, der in einem formlosen Vertrag als Stellvertreter auftritt, nicht in eigenem Namen. Bei der Stipulation kann eine Stellvertretung der ersten Art gar nicht vorkommen, da die auf die Person des Vertretenen gerichtete Stipulation oder Promission an sich nichtig seyn würde.

(m) *L.* 1 § 11 *depos.* (16. 3).

sum, apud Pomponium quaeritur. Et putat, tecum mandati, cum eo vero, qui eas res receperit, depositi. Si vero tuo nomine receperit, tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi: quam actionem mihi praestabis, mandati judicio conventus.

Wenn ich meine Sache durch einen Boten bei Titius deponiren will, so deponirt sie der Bote entweder in meinem Namen, oder in seinem eigenen; im ersten Fall wird die depositi actio unmittelbar mir erworben, im zweiten Fall dem Boten, der sie aber mir cediren muß (n).

Von einer Stellvertretung zweiter Art spricht Ulpian in folgender Stelle, die von meinen Gegnern häufig, aber mit Unrecht, zur Unterstützung ihrer Lehre angeführt wird (o):

Si procurator vendiderit, et caverit emtori, quaeritur, an domino, vel adversus dominum, actio dari debeat. Et Papinianus libro tertio responsorum putat, cum domino ex emto agi posse

(n) Ein Fall der zweiten Art bei dem Depositum mit utilis actio kommt vor bei Paulus, Coll. LL. Rom. et Mos. T. 10 § 7. — Der Fall in *L.* 8 *C. ad exhib.* (3. 42) bezieht sich gar nicht auf eine Stellvertretung, da der Eigenthümer von dem (zweiten) Depositum oder Commodat gar Nichts weiß. Dennoch wird diesem aus gleichartigen Gründen eine utilis actio gegeben (vgl. Note i); das pactum ist also gar nicht der Entstehungsgrund der Klage. Vgl. über diese Stelle: System B. 4 § 175. o. Aehnlich dieser Stelle ist *L.* 5 § 9 *de pec. const.* (13. 5), indem auch der Vormund u. s. w. keinen Auftrag von dem Vertretenen hat, aber doch eben so behandelt werden muß, da die amtliche Stellung mit einem Auftrag gleichartig ist.

(o) *L.* 13 § 25 *de act. emt.* (19. 1).

utili actione, ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit. Ergo et per contrarium dicendum est, utilem ex emto actionem (p) domino competere).

Der hier vorausgesetzte Procurator ist nicht etwa eine mit diesem Verkauf besonders beauftragte Person, sondern (wie in so vielen Stellen) ein procurator omnium rerum, welches sowohl aus dem Gegensatz des dominus erhellt (der ja nur von dem dominus bonorum verstanden werden kann), als auch aus den folgenden Worten: si modo rem vendendam mandavit, worin vorausgesetzt wird, daß die (allgemeine) Vollmacht auf den Verkauf von Vermögensstücken erstreckt seyn könne oder auch nicht. Dieser steht also in einem ähnlichen Verhältniß wie ein institor. Wenn nun der einzelne Verkauf irgend einer Sache aus diesem Vermögen von jenem procurator in dessen eigenem Namen vorgenommen wurde, nicht im Namen des Eigenthümers, so ist die ganze Stelle eine vollständige Bestätigung der oben für die Stellvertretung zweiter Art aufgestellten Behauptungen. Daß aber der Verkauf in dieser Weise (in eigenem Namen des procurator) vorgenommen war, geht schon aus dem Umstand hervor, daß er mit dem Verkauf eine Promission an den Käufer wegen möglicher Eviction verband (et caverit emtori); eine solche Promission aber,

(p) Ex emto steht hier für ex vendito, wie auch anderwärts, so daß eine Veränderung des Textes nicht nöthig ist. Vgl. Schulting notae ad Dig. T. 3 p. 486.

beruhend auf einem förmlichen Vertrag (der Stipulation), konnte er ja ohnehin nur in eigenem Namen vornehmen, wenn sie nicht ungültig sein sollte.

So erscheint also die oben aufgestellte Reihe von Behauptungen bestätigt in mehreren einzelnen Anwendungen, auch ohne den Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes. Gerade so aber ist es zu erwarten, wenn eine Rechtsregel, wie die hier vorliegende, sich allmälig entwickelt. Auch ist es der Natur einer solchen allmäligen Entwickelung ganz angemessen, wenn zuweilen verwandte Rechtsinstitute zu Hülfe genommen werden, um manche einzelne Anwendungen zu unterstützen.

So ist es oft geschehen, wenn die Frage entstand, ob eine Partei die pacti exceptio benutzen könne, wenn nicht sie selbst, sondern ihr Stellvertreter das Pactum zu ihrem Vortheil geschlossen hatte. Nach dem Grundsatz der zulässigen freien Stellvertretung bei formlosen Verträgen (wohin ja das Pactum gehörte) mußte der Partei die pacti exceptio eingeräumt werden. Allein zugleich schien es unzweifelhaft, daß die Partei wenigstens die doli exceptio gegen den Kläger geltend machen dürfe, und so gestattete man ohne weitere Untersuchung diese letzte, da sie ja völlig denselben Schutz gewährte, wie die pacti exceptio (q).

Besonders merkwürdig ist die Art, wie das Darlehen

(q) *L.* 10 § 2, *L.* 11 – 15, *L.* 21 § 1. 2, *L.* 25 § 2, *L.* 26 *de pactis* (2. 14).

behandelt wird. Bei diesem ist die Form der Willenserklärung gleichgültig, so daß es in dieser Hinsicht mit den Consensualcontracten auf gleicher Linie steht; dagegen ist bei ihm der Erwerb der Forderung bedingt durch das Verschaffen des Eigenthums an dem geliehenen Gelde. Wenn nun mein Stellvertreter einem Dritten mein Geld als Darlehen in meinem Namen giebt, so werde ich unmittelbar Glaubiger, und die Regel, daß mir eine libera persona keine Forderungen erwerben kann, steht nicht im Wege, weil der Dritte durch mich Eigenthümer des Geldes wird. Ja sogar tritt Dasselbe ein, wenn der Stellvertreter sein eigenes Geld zu diesem Zweck verwendet; denn durch unsern übereinstimmenden Willen bringt er das Eigenthum des Geldes auf mich, so daß es dennoch als mein Geld an den Dritten kommt, der durch den Empfang mein Darlehensschuldner werden soll (r).

Wenn umgekehrt mein Stellvertreter ein Darlehen für mich, in meinem Auftrag, empfängt, so erwirbt der Glaubiger gegen mich eine Klage. Diese aber wird wieder auf

(r) *L.* 126 § 2 *de V. O.* (45. 1). „Respondi, per liberam personam ... obligationem nullam adquirere possumus. Plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret, *vel suam vel nostram,* ut nobis solveretur, *obligatio nobis pecuniae creditae adquireretur*“ ... Vgl. *L.* 9 § 8 *L.* 15 *de reb. cred.* (12. 1), *L.* 2 *C. per quas pers.* (4. 27). — Daß der Stellvertreter auch sein eigenes Geld zu diesem Zweck verwenden, und dennoch mich unmittelbar zum Glaubiger machen kann, erklärt sich aus dem s. g. constitutum possessorium. Vgl. Savigny Besitz § 27; ferner: System B. 4 Beilage X. Nr. IV. und V.

die Analogie der institorischen Klage gegründet, indem der Stellvertreter als mein institor für die Aufnahme von Darlehnen behandelt wird (s).

§. 58.

I. Vertrag. B. Personen. Stellvertretung (Fortsetzung).

Im Laufe dieser Untersuchung sind bereits einzelne abweichende Meinungen unserer Schriftsteller berührt worden. Es ist aber nunmehr anzugeben, wie sich dieselben im Ganzen und Großen zu der hier aufgestellten Lehre verhalten.

Das Wesen dieser Lehre bestand darin, daß wir in den Quellen des Römischen Rechts das Bild einer allmäligen Entwickelung der Rechtssätze vor Augen haben, welche schon im Justinianischen Recht zu einer sehr vereinfachten Gestalt gekommen, im heutigen Recht aber (durch das Verschwinden der Sklaverei und der Stipulationen) in den einfachen Grundsatz einer unbedingt freien Stellvertretung mit vollständiger und ausschließender Einwirkung auf den Vertretenen, übergegangen ist.

Es ist sehr natürlich, daß, vom Mittelalter her, dieser Inhalt unserer Rechtsquellen keine allgemeine und gleichförmige Anerkennung gefunden hat. Die Schriftsteller haben mit mehr oder weniger Willkür bald diese, bald jene Stellen zu Grundlagen ihrer Lehre erhoben, und daraus die

(s) *L.* 31 *pr. de neg. gestis* (3. 5), *L.* 19 *pr. de instit.* (14. 3), *L.* 10 § 5 *mand.* (17. 1).

verschiedensten Theorieen gebildet (a), worin unvermeidlich Vieles als geltend, und vorzugsweise geltend, erscheinen mußte, das in der That, bei unbefangener Ansicht unserer Quellen, nur noch auf eine geschichtliche Bedeutung Anspruch machen konnte.

Allein mitten durch diese, unsren Blick verwirrende, Verschiedenheit der Auffassungen, zieht hindurch ein richtiges Gefühl des praktischen Bedürfnisses, das sich auf mancherlei Wegen Bahn zu machen suchte. Dieses Bedürfniß führte auf dasselbe Ziel der zulässigen unbedingt freien Stellvertretung, welches ich als das wahre Ergebniß unbefangener Quellenforschung nachzuweisen versucht habe. Dieses Bedürfniß war sogar für die heutige Zeit noch dringender, als bei den Römern, die wenigstens zum Erwerb aller Rechte ihre Sklaven anwenden konnten, welche Auskunft im heutigen Rechte fehlt (b).

Darin nun stimmen die allermeisten Schriftsteller seit dem siebenzehnten Jahrhundert überein, daß die freie Stellvertretung im heutigen Rechte schlechthin zulässig sei, und daß sie eine directe und vollständige Wirkung auf den Vertretenen hervorbringe, der also aus den durch den Stellvertreter geschlossenen Verträgen unmittelbar klagen und verklagt werden könne (c). Die Art, wie sie dieses prak-

(a) Vgl. hierüber: System B. 1. Vorrede S. XLV.

(b) Dieses wird richtig bemerkt von Buchka S. 158.

(c) Eine sehr reichhaltige Angabe dieser Schriftsteller findet sich bei Buchka S. 158—166. S. 178. 179. S. 230—233. Aus der

tische Resultat zu begründen versuchen, ist nicht wenig verschieden. In früherer Zeit suchten Viele aus den Grundsätzen des Naturrechts die neue Lehre herzuleiten. Die Meisten haben sich ganz einfach auf die übereinstimmende Praxis der heutigen Zeit berufen, Manche, indem sie diese Praxis durch die eigenthümlichen Ansichten des germanischen Rechts zu rechtfertigen suchten.

Vergleichen wir diese Auffassung mit der unsrigen, so ist das praktische Resultat völlig dasselbe. Jene Schriftsteller suchen den Rechtszustand aus der heutigen Praxis, abweichend vom Römischen Recht, abzuleiten, den ich als den wahren Inhalt des Justinianischen Rechts ansehe, bei welchem nur noch hinzugedacht werden muß, daß wir weder Stipulationen, noch Sklaven, kennen. Der ganze Unterschied hat also eine lediglich theoretische Natur.

Einen anderen Weg hat einer der neuesten Schriftsteller eingeschlagen, dessen Ansicht seitdem auch von anderer Seite Zustimmung gefunden hat (d). — Nach ihm besteht noch im Justinianischen Recht die Regel, daß der durch Stellvertreter abgeschlossene Vertrag für den Vertretenen weder ein Klagrecht, noch eine Verpflichtung, unmittelbar begrün-

neuesten Zeit gehören hierher: Mühlenbruch S. 147. Vangerow S. 294. Buchka S. 203—205.

(d) Puchta Pandekten und Vorlesungen § 273. 275. 279. — Buchka § 6 und § 5 Note 16. Die Hauptstellen, die dafür angeführt werden (*L.* 11 *de O. et A.* und *L.* 73 § 4 *de R. J.*) sprachen gar nicht von der Stellvertretung, gehören also gar nicht hierher, vgl. unten § 59.

den kann. Ja sogar soll diese Unmöglichkeit nicht blos im positiven Recht gegründet seyn, sondern sie soll mit Nothwendigkeit aus dem Wesen des obligatorischen Vertrags selbst hervorgehen. — Dagegen soll allerdings aus dem durch den Stellvertreter geschlossenen Vertrag eine indirecte Einwirkung auf den Vertretenen, durch utiles actiones, hervorgehen können; er soll nämlich ein Klagrecht erwerben können durch eine wirkliche oder fingirte Cession, und er soll verklagt werden können mit einer actio quasi institoria.

Vergleichen wir diese Lehre mit der oben von mir aufgestellten, so ergiebt sich die folgende Verschiedenheit zwischen denselben. Puchta betrachtet als das allgemeine Ergebniß für den Inhalt des heutigen Rechts über die Stellvertretung diejenigen Regeln, die ich oben (§ 57) für den besonderen Fall der Stellvertretung zweiter Art aufgestellt habe, das heißt für den Fall, in welchem der Vertreter den Vertrag in seinem eigenen Namen (nicht als mein Vertreter) geschlossen hat, jedoch veranlaßt durch meinen vorhergehenden Auftrag, wobei unsere Absicht dahin geht, daß die Folgen des Vertrags auf mich gelangen sollen. Für diesen Fall ist die Lehre von Puchta ganz richtig. — Dagegen muß ich sie völlig verwerfen für den Fall, den ich oben (§ 57) als Stellvertretung erster Art bezeichnet habe, in welchem der Stellvertreter als solcher auftritt, also, der anderen Partei gegenüber, in meinem Namen den Vertrag unterhandelt und abschließt. Hier ist gar kein Grund vorhanden, die unmittelbare Beziehung der Folgen

des Vertrags auf meine Person zu bezweifeln, und eben so wenig Grund, die Rechte und Verpflichtungen des Vertrags auf den Vertreter zu beziehen, oder auch nur durch seine Person hindurch gehen zu lassen. Alle Betheiligte haben in diesem Fall die Absicht, den Stellvertreter als bloßen Träger einer fremden Willenserklärung zu betrachten, den Vertretenen aber und dessen Gegner als die eigentlich Handelnden, die einzigen wahren Contrahenten. Diese Absicht kann hier allein entscheidend seyn, da das Hinderniß, welches in den förmlichen Verträgen des Römischen Rechts lag, für uns verschwunden ist. Diesen Fall aber übergeht Puchta bei der Aufstellung seiner Regeln mit Stillschweigen.

Es ist einleuchtend, daß der ganze Gegensatz zwischen der Meinung von Puchta und der meinigen auf der Frage beruht, welche Ausdehnung und welches Gewicht man dem Begriff des nuncius beilegen will. Puchta erwähnt denselben beiläufig, vorübergehend, ohne besondere Beachtung, anstatt anzuerkennen, daß hierin ein Hauptfall der Stellvertretung, ja sogar der häufigste und wichtigste Fall im wirklichen Leben, enthalten ist. Ich glaube, daß von diesem Standpunkt aus eine völlige Verständigung für die bisher entgegengesetzten Meinungen zu gewinnen seyn möchte.

Allein, auch wenn wir von dieser Erwartung absehen, und Puchta's Meinung in ihrem schärfsten Gegensatz gegen die meinige festhalten, so ist doch die praktische Verschiedenheit beider Meinungen weniger erheblich, als man vielleicht glauben möchte. Nach beiden Meinungen kann der Vertre=

tene aus dem Vertrag klagen und verklagt werden; ob Dieses durch eine directa oder utilis actio geschieht, ist ja für das heutige Recht völlig gleichgültig. Ein erheblicher Unterschied liegt nur darin, daß, nach Puchta, auch der Stellvertreter von der Gegenpartei verklagt werden kann, welches ich nicht annehme, und welches wichtig werden könnte, wenn inzwischen der Vertretene insolvent geworden wäre. Aber gerade dieser Erfolg ist auch am entschiedensten zu verwerfen, da, nach unserer Voraussetzung, der Stellvertreter von allen Betheiligten gar nicht als Partei, sondern nur als der Träger eines fremden Willens, angesehen wurde.

Wenn wir noch zum Schluß die sehr weit verbreitete Meinung von der neueren Praxis, die das Römische Recht abgeändert haben soll, mit der Meinung von Puchta vergleichen, so muß ich dieselben für ganz unvereinbar erklären. Denn wenn es wahr ist, welches Puchta behauptet, daß die unmittelbare Beziehung des durch einen Stellvertreter geschlossenen Vertrages auf den Vertretenen unmöglich sey, nicht blos nach einer Satzung des positiven Rechts, sondern nach dem Wesen des obligatorischen Vertrages selbst, so kann diese Unmöglichkeit auch nicht durch die heutige Praxis weggeräumt worden seyn. Ueber das Wesen des Vertrages hat die Praxis keine Macht. Auch erwähnt Puchta eine solche abändernde Praxis nicht.

§. 59.

I. Vertrag. B. Personen. Stellvertretung (Fortsetzung).

Zur Ergänzung der hier vorgetragenen Lehre von der Stellvertretung ist nun noch der davon wesentlich verschiedene, obgleich äußerlich ähnliche, Fall abzuhandeln, in welchem zwei Personen einen Vertrag schließen, aus welchem ein Recht oder eine Verpflichtung für einen Dritten dergestalt entstehen soll, daß dieser Dritte zu keinem der unmittelbar Handelnden in einem Verhältniß der Stellvertretung steht (§ 53).

Dieser Fall muß demnach so gedacht werden, daß Gajus dem Titius verspricht, Sejus solle eine Summe Geldes erhalten, oder umgekehrt, er solle eine Summe zahlen. Hätte nun Sejus Auftrag zu diesem Geschäft gegeben, so wäre der oben abgehandelte Fall der Stellvertretung vorhanden. Wir setzen aber jetzt voraus, daß er keinen Auftrag gab, ja daß er Nichts von dem Geschäft wußte; hat dennoch dieser Vertrag Wirkungen? und welche Wirkungen?

In der einen Gestalt dieses Falles pflegt diese Frage nur in beschränkter Weise aufgeworfen zu werden, wenn nämlich der Dritte eine Verpflichtung übernehmen, etwa Geld zahlen soll; denn daß ihn dazu fremde Personen, ohne seinen Willen, nicht verpflichten können, versteht sich so sehr von selbst, daß dagegen gar kein Zweifel aufkommen kann. Darum wird dieser Satz nicht einmal erwähnt. Wohl aber

wird ausdrücklich bemerkt, daß auch Der, welcher die Handlung des Dritten versprach, nicht selbst verpflichtet sey (a). Der natürliche Grund liegt darin, daß er eine eigene Leistung gar nicht versprechen wollte, noch versprochen hat.

Anders verhält es sich mit der zweiten Gestalt jenes Falles. Wenn der Dritte ein Recht erhalten, wenn er Geld empfangen soll, so könnte man wohl geneigt seyn, den Vertrag für gültig zu halten zum Vortheil des Dritten, also diesem Dritten ein Klagrecht einzuräumen. Die beiden Contrahenten haben eingewilligt, und von dem Dritten könnte man wohl annehmen, daß er sich den ihm zugedachten Vortheil gern gefallen lassen werde.

Dennoch finden wir gerade für diesen Fall in unseren Rechtsquellen die entschiedene Regel, daß der Vertrag schlechthin ungültig seyn soll; und zwar ungültig für den Handelnden, der dem Dritten den Vortheil zuwenden wollte, und ungültig für den Dritten, dem der Vortheil zugedacht war. Keiner von beiden soll aus dem Vertrag ein Klagrecht erwerben; nicht der Handelnde, weil er für sich kein Recht erwerben wollte, nicht der Dritte, weil Dieses nicht

(a) § 3 *J. de inut. stip.* (3.19), *L.* 38 *pr. L.* 83 *pr. de V. O.* (45.1). Indessen kann ein solcher Vertrag auf zwei indirecten Wegen Wirksamkeit erhalten: 1) Wenn ich eine Strafe verspreche für den Fall, daß der Dritte die Handlung nicht vornehmen werde. § 21 *J. de inut. stip.* (3. 19), *L.* 38 § 2 *de V. O.* (45. 1). 2) Wenn ich die Handlung des Dritten zu bewirken verspreche. Daraus entspringt gegen mich eine Klage auf das Interesse der unterbliebenen Handlung. § 3 *J. de inut. stip.* (3.19), *L.* 14 § 2 *de pec. const.* (13. 5), *L.* 81 *pr.* *L.* 83 *pr. de V. O.* (45.1), *L.* 19 *ratam rem* (46.8).

rechtlich möglich ist (b). Allerdings giebt es nicht wenige Ausnahmen von dieser Regel, aber die Regel selbst steht darum nicht weniger fest.

Wir wollen zuvörderst den Grund der Regel aufsuchen, von welcher so eben eingeräumt worden ist, daß leicht die entgegenstehende Regel erwartet werden könnte. Der Grund liegt darin, daß die Obligationen überhaupt, als Beschränkungen der natürlichen Freiheit, nur insoweit einen Rechtsschutz erhalten, als das Bedürfniß des Verkehrs denselben nothwendig erfordert; dieses Bedürfniß aber führt nur darauf, für den Handelnden, nicht auch für einen Dritten, Rechte zu begründen (c). Dieser Grund ist also wesentlich verschieden von der im älteren Recht höchst beschränkten Stellvertretung, so wie von der geschichtlichen Entwickelung, welche späterhin bei dieser Beschränkung eingetreten ist (§ 54).

Die Regel selbst ist in mehreren Stellen unserer Rechts-

(b) *L.* 26 *C. de j. dot.* (5. 12) „nec sibi, cessante voluntate, nec tibi, prohibente jure, quaerere potuit actionem.“ — *L.* 6 *C. si quis alt.* (4. 50) . . . „emti actionem nec illi, nec tibi quaesisti: dum tibi non vis, nec illi potes.“

(c) *L.* 38 § 17 *de V. O.* (45. 1) „Alteri stipulari nemo potest . . . inventae sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat, quod sua interest: ceterum, ut alii detur, nihil interest mea.“ (Die Stelle ist auch aufgenommen in den § 19 *J. de inut. stip.* 3. 19). Es steht dieses in Verbindung mit dem schon oben aufgestellten Satz, daß die Obligationen überhaupt keine Begünstigung genießen, s. o. B. 1. § 2. g. — Sehr ausführlich handelt von diesem rationellen Grunde unserer Regel Donellus Lib. 12 C. 16 § 9. 10. —

quellen anerkannt (d). Die wichtigste derselben ist folgende Stelle des Paulus (e):

Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.

Entscheidend für die Erklärung dieser Stelle ist die Auffassung der Worte: ex nostro contractu. Diese können nur heißen: wenn ich, in meiner eigenen Person, nicht als Stellvertreter eines Anderen, einen Vertrag schließe; denn wenn ich im Namen und Auftrag des Anderen handle, so ist es nicht noster contractus, da ich in diesem Fall nur minister oder nuncius des Anderen bin (f). Von solchen

(d) § 4 *J. de inut. stip.* (3. 19), Gajus III. § 103, *L.* 38 § 17 *de V. O.* (45. 1), *L.* 9 § 4 *de reb. cred.* (12. 1), *L.* 73 § 4 *de R. J.* (50. 17).

(e) *L.* 11 *de O. et A.* (44. 7).

(f) Vgl. § 57. b. c. — Die Schriftsteller, welche die Möglichkeit einer directen Stellvertretung überhaupt verneinen, beziehen diese gerade umgekehrt auf den Fall der Stellvertretung (§ 58. d.), und sehen darin einen Beweis, daß auch für die formlosen Verträge die Stellvertretung ausgeschlossen gewesen sey. So **Mühlenbruch § 10, Puchta Vorlesungen** § 273, und Buchka S. 3. Puchta sagt, die Stelle würde, nach unserer Erklärung, ganz trivial seyn. Allein sie ist nicht trivialer, als die vielen Stellen, die ich oben in den Noten b. und d. angeführt habe, und welchen wir doch auch ihr Daseyn gönnen und lassen müssen. — Das muß man einräumen, daß die Regel von der obligatio per liberam personam non adquirenda (§ 54. d, § 57. b. c.) zweideutig ist, und ihrem Buchstaben nach sowohl von dem hier vorliegenden Fall, als von dem Fall freier Stellvertreter verstanden werden kann. Vielleicht

Verträgen nun sagt Paulus, daß sie schlechthin wirkungslos seyen (inanem actum nostrum efficiunt), wenn sie nicht zunächst darauf gehen, mich selbst zum Glaubiger zu machen (nisi ex nostra persona obligationis initium sumant). Dadurch wird aber nicht verhindert, daß ich unmittelbar nachher meine Forderung dem Dritten cedire; nur klagt dann Dieser nicht suo nomine, sondern, so wie jeder Cessionar, als mein Mandatar. Es tritt dann dasselbe Rechtsverhältniß ein, welches ich oben (§. 57) für die Fälle der Stellvertretung zweiter Art dargestellt habe, in welchen der Stellvertreter nicht als solcher, sondern in eigenem Namen, den Vertrag abschließt, obgleich er Dieses nur zu dem Zweck thut, den ihm ertheilten Auftrag zu erfüllen.

Die hier aufgestellte Regel geht, wie Paulus ausdrücklich sagt, nicht blos auf förmliche, sondern auch auf formlose Verträge. Daher hat die bei den Stellvertretern eingetretene geschichtliche Entwicklung (§. 56) auf unsere Regel keinen Einfluß gehabt, so daß dieselbe im Justinianischen und im heutigen Recht unverändert fortdauert. — Die Regel geht ferner nicht blos auf Klagrechte, sondern auch auf bloße Exceptionen, welche durch Verträge für dritte Personen erworben werden sollen (g). — Es war bei den Stipulationen bestritten, wie es gehalten werden sollte, wenn

mögen auch die alten Juristen selbst den Unterschied beider Fälle nicht überall klar vor Augen gehabt haben.

(g) *L.* 17 § 4, *L.* 21 § 2 *de pactis* (2. 14), *L.* 73 § 4 *de R. J.* (50. 17).

Jemand theils für sich, theils für einen Dritten stipulirt hatte (mihi et Titio). Einige ließen die volle Klage für den Handelnden zu; andere, wegen der buchstäblichen Natur der Stipulation, nur die Klage auf die Hälfte der Leistung, und Justinian hat dieser letzten Meinung in den Institutionen den Vorzug gegeben (h). Dagegen ein formloser Vertrag, welcher freier beurtheilt wird, soll in einem solchen Fall die volle Klage für den Handelnden zur Folge haben, so daß die Hinzufügung des Dritten als nicht geschehen behandelt wird (i).

Es sind nunmehr die Ausnahmen der Regel anzugeben, bei welchen jedoch sogleich bemerkt werden muß, daß die meisten und wichtigsten derselben nur scheinbare Ausnahmen sind, indem dabei entweder der Dritte gar nicht als eigentlicher Glaubiger, oder der Handelnde nicht als wahrer Contrahent, sondern als ein (mehr oder weniger versteckter) Stellvertreter zu betrachten ist, so daß in beiden Fällen die wahre Bedingung der Regel gar nicht vorhanden ist.

I. Fälle, in welchen der Handelnde ein Klagrecht erwirbt, der Dritte aber nicht.

A. Wenn, nach dem Inhalt des Vertrags, der Dritte nicht als Berechtigter, als Glaubiger, gelten soll, sondern als eine Person, an welche die versprochene Leistung soll

(h) Gajus III. § 103, *L.* 110 *pr. de V. O.* (45. 1), § 4 *J. de inut. stip.* (3. 19).

(i) *L.* 64 *de contr. emt.* (18. 1).

eben so gültigerweise erfolgen können, wie an den Glaubiger selbst (k). Dieses ist keine wahre Ausnahme der eben aufgestellten Regel, sondern eine besondere Bestimmung über die Beschaffenheit der Leistung. Die Absicht derselben muß aber aus dem Inhalt des Vertrags sicher hervorgehen (l), und sie darf nicht blos vorgegeben werden, um einen Vertrag aufrecht zu halten, der in der That unter den Bedingungen unsrer Regel steht, und daher ungültig ist.

B. Wenn die an den Dritten vorzunehmende Leistung zum Vortheil des Handelnden, nicht des Dritten, gereicht. Dahin gehören folgende einzelne Fälle (m).

Wenn der Dritte der Sohn oder Sklave des Handelnden war, weil nämlich Diese überhaupt Nichts für sich, sondern Alles nur für den Hausvater (der hier den Vertrag schloß) erwerben konnten und mußten.

Wenn der Dritte der Verwalter oder Rechnungsführer des Handelnden ist, also blos das Werkzeug, wodurch Dieser die Leistung empfängt.

Wenn der Dritte der Glaubiger des Handelnden ist, der durch die Leistung abgefunden werden soll, so daß die Leistung dennoch allein dem Handelnden zum Vortheil gereicht.

(k) § 4 *J. de inut. stip.* (3. 19), *L.* 56 § 2. 3, *L.* 141 § 4. 7. 8. 9 *de V. O.* (45. 1). — Unsere Schriftsteller nennen hier den Dritten einen adjectus solutionis causa. Die genauere Ausführung dieses Falles gehört in die Lehre von der Aufhebung der Obligationen durch Erfüllung.

(l) Die üblichste Römische Formel für Stipulationen solcher Art war: mihi *aut Titio.*

(m) § 4. 20 *J. de inut. stip.* (3. 19), *L.* 38 § 20—23, *L.* 39. 40 *de V. O.* (45. 1), *L.* 27 § 1 *de pactis* (2. 14).

Die Fälle dieser zweiten Classe sind von dem Fall der ersten Classe (dem des Adjectus) nicht wesentlich verschieden, und sie unterscheiden sich meist nur durch den ganz äußerlichen Umstand, daß die Aufnahme eines Adjectus im Interesse des Schuldners, um Diesem die Leistung zu erleichtern, zu geschehen pflegt.

C. Endlich kann auf indirecte Weise der Zweck dadurch erreicht werden, daß die Leistung an den Dritten nicht als Recht dieses Dritten, sondern als Bedingung ausgedrückt wird, durch deren Nichterfüllung der Glaubiger zur Einklagung einer Strafe gegen den Schuldner berechtigt werden soll (n).

II. Fälle, in welchen der **Dritte** ein Klagrecht erwirbt, der Handelnde aber nicht.

A. Wenn der Sohn für den Vater, oder der Sklave für den Herrn, sich Etwas versprechen ließ; dadurch erwarb stets der Hausvater eine Klage (o). — Dieses ist augenscheinlich nur eine scheinbare Ausnahme, da in solchen Fällen der Abhängige stets ein bloßer Stellvertreter des Hausvaters war, ohne Unterschied, ob er Dieses aussprach, ja ob er es wollte, oder nicht (§ 54).

B. Noch wichtiger ist der Fall, wenn der Anfangs

(n) § 19 *J. de inut. stip.* (3. 19), *L.* 38 § 17 *de V. O.* (45. 1).

(o) *L.* 38 § 17 *de V. O.* (45. 1). „Alteri stipulari nemo potest, *praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur*“ . . . § 4 *J. de inut. stip.* (3. 19), Gajus III. § 103.

zum Vortheil eines Dritten, und zwar ohne Stellvertretung, geschlossene Vertrag in der Folge in ein Verhältniß der Stellvertretung übergeht. Dieses geschieht dadurch, daß der Dritte den für ihn, ohne seinen Auftrag, geschlossenen Vertrag hinterher genehmigt, also dadurch den ursprünglich Handelnden in seinen Stellvertreter verwandelt, wodurch dann der Fall selbst in die Reihe der blos scheinbaren Ausnahmen unserer Regel eintritt. — Fast immer werden die Verträge der hier vorausgesetzten Art von Anfang an in diesem Sinn gedacht seyn, so daß dabei der unmittelbar Handelnde als negotiorum gestor des Dritten sich betrachtet, und eben dadurch verliert die ganze Regel, sobald nur die Genehmigung erfolgt, ihre ganze Wichtigkeit. Eine praktische Bedeutung derselben wird sich nur etwa dann zeigen, wenn vor der Genehmigung der Vertrag von Denen, welche ihn schlossen, wieder aufgehoben wird, wozu sie in dieser Zeit unzweifelhaft berechtigt sind (p).

C. Wenn Jemand seinem künftigen Erben eine Leistung versprechen läßt, so erhält dadurch der Erbe ein Klagrecht (q).

D. In gewissen Fällen kann Derjenige, welcher eine

(p) Buchka S. 165 S. 168 S. 210 u. fg., wo auch noch andere Schriftsteller über diese Frage angeführt werden.

(q) *L. un. C. ut actiones* (4. 11). Ein solcher Vertrag ist gleichartig mit der stipulatio post mortem. *L.* 11 *C. de contr. stip.* (8. 38), § 13 *J. de inut. stip.* (3. 19). — Vor diesen Verordnungen von Justinian konnte man dem Erben nur eine Exception erwerben, kein Klagrecht. *L.* 33 *de pactis* (2. 14), *L.* 10 *de pactis dot.* (23. 4).

Brautgabe bestellt, an bestimmte dritte Personen ein Klagrecht auf Rückzahlung dieser Brautgabe ausbedingen (r).

Die in dem gegenwärtigen Paragraphen vorgetragene Regel mit ihren Ausnahmen ist im Justinianischen Recht unverändert geblieben. Auch ist ein innerer Grund gar nicht vorhanden, eine Praxis des heutigen Rechts anzunehmen, wodurch die Regel aufgehoben worden wäre, dergestalt, daß nunmehr der Dritte, zu dessen Vortheil der Vertrag geschlossen wird, daraus ein Klagrecht erworben hätte, ohne dazu durch Auftrag oder Genehmigung in ein Verhältniß der Stellvertretung gekommen zu seyn.

Die neueren Schriftsteller verhalten sich zu dieser Lehre in der Art, daß sie die Unterscheidung des hier abgehandelten letzten Falles von den Fällen der Stellvertretung mehr oder weniger unterlassen (§ 53). Dieses geschieht dadurch, daß sie diesen letzten Fall theils gar nicht erwähnen, theils mit den Fällen der Stellvertretung auf unkenntliche Weise zusammen werfen. Diese irrige Behandlung hat denn die Folge, daß sie die angebliche, heutige Praxis ohne Grund auch auf diesen letzten Fall beziehen, und also annehmen,

(r) Die genauere Erörterung dieser Frage ist nur im Zusammenhang des ganzen Dotalrechts möglich. — Die Hauptstellen sind: *L.* 45 *sol. matr.* (24. 3), *L.* 7 *C. de pactis conventis* (5. 14).

nach heutigem Recht erwerbe jeder Dritte aus einem von Anderen geschlossenen Vertrage, auch ohne seinen Auftrag, ein Klagrecht (s).

Vom Standpunkt einer richtigen Theorie ist diese Lehre schlechthin zu verwerfen. Für den praktischen Erfolg aber ist dieselbe weniger gefährlich, als man auf den ersten Blick anzunehmen geneigt seyn möchte. Denn der so eben abgehandelte letzte Fall ist theils an sich nicht sehr häufig, theils aus den eben dargestellten Gründen von nicht großer Erheblichkeit, da er in den meisten wichtigen Anwendungen in einen Fall der Stellvertretung, durch spätere Genehmigung, übergehen, und dann aus den für die Stellvertretung aufgestellten Regeln von selbst seine Erledigung finden wird.

§. 60.

I. Vertrag. B. Personen. Stellvertretung (Fortsetzung).

Zum Schluß dieser ganzen Lehre ist nun noch anzugeben, welche Gestalt dieselbe in den wichtigsten Gesetzgebungen neuerer Zeit angenommen hat. Bei der sehr allgemein verbreiteten Meinung über die, das Römische Recht

(s) So nimmt die Sache Mühlenbruch § 14 Note 297, S. 147. — Eine genaue Unterscheidung beider Fälle unternimmt allerdings Buchka S. 202 u. fg., allein er thut Dieses zu spät, an einem Orte, wo es auf die Bildung der Theorie keinen Einfluß mehr haben kann. Denn in dieser schließt er sich unbedingt seinen nächsten Vorgängern an, die von jener Unterscheidung Nichts wissen wollen.

angeblich abändernde Praxis der neueren Zeit, welche oben dargestellt worden ist (§ 58), war es zu erwarten, daß jene Gesetzgebungen sich dieser vermeintlichen Praxis, eigentlich also dem neuesten Römischen Recht, anschließen würden. Und diese Erwartung findet sich denn auch im Ganzen bestätigt, so daß alles Eigenthümliche, welches wir in manchen neueren Gesetzen finden, nur noch in einigen näheren Bestimmungen besteht.

I. Preußisches Recht.

A. Wenn ein Vertrag durch einen Stellvertreter geschlossen wird, so ist dadurch der Vertretene vollständig verpflichtet, vorausgesetzt, daß der Vertreter die Gränzen des Auftrags beobachtet hat; außerdem ist der Vertretene dadurch nicht verpflichtet (a).

Daneben enthält das Landrecht sehr ausführliche Bestimmungen über die Art, wie die Gegenpartei die Gränzen des Auftrags zu erforschen hat (b), so wie über die Fälle einer vermutheten und einer stillschweigenden Vollmacht (c).

B. Der Stellvertreter wird durch den Vertrag in der Regel persönlich nicht verpflichtet (d); er wird es nur dann, wenn er den Vertrag in eigenem Namen (also nicht als Stellvertreter) schließt (e).

(a) A. L. R., Th. I. Tit. 13 § 85. 90.

(b) A. L. R., Th. I. Tit. 13 § 91 fg.

(c) A. L. R., Th. I. Tit. 13 § 119 fg.

(d) A. L. R., Th. I. Tit. 13 § 153.

(e) A. L. R., Th. I. Tit. 13 §. 154. — Es ist Dieses der Fall, welchen ich oben (§ 57) als eine Stellvertretung zweiter Art bezeichnet habe.

Eine Abweichung von dieser allgemeinen Bestimmung ist angeordnet im Handelsrecht für die von dem Faktor einer Handlung in den Geschäften derselben abgeschlossenen Verträge. Hier gelten im Ganzen die Regeln der institorischen Klage, so daß die Gegenpartei die Wahl hat, den Faktor oder den Eigenthümer der Handlung zu verklagen; jedoch mit der Milderung, daß der Faktor nur haftet aus dem in seinen Händen befindlichen Vermögen der Handlung, und nur so lange, als die Prokura dauert, außer wenn er sich noch besonders persönlich aus dem Geschäfte verpflichtet hat (f).

C. Die Verträge in Beziehung auf einen Dritten ohne Stellvertretung, welche von den meisten Schriftstellern des gemeinen Rechts nicht gehörig beachtet und unterschieden werden (§ 59), sind im Landrecht von den Verträgen durch Stellvertreter völlig abgesondert, ja sogar an eine ganz andere Stelle verwiesen worden (g).

Wenn in einem Vertrag einem Dritten, der dazu keinen Auftrag gab, Vortheile ausbedungen werden, so erwirbt daraus der Dritte zunächst gar keine Rechte, so daß die Contrahenten den Vertrag willkürlich wieder aufheben können. Sobald aber der Dritte, mit Bewilligung der Contrahenten,

(f) A. L. R., Th. II. Tit. 8 § 541—545.

(g) Die Stellvertretung steht bei den Vollmachtsaufträgen Th. I. Tit. 13, der Vertrag für dritte Personen in der allgemeinen Lehre von den Verträgen Th. I. Tit. 5. Ueber diese letzte Lehre ist zu vergleichen Bornemann Preußisches Civilrecht B. 2 § 137.

dem Vertrag beigetreten ist, erwirbt er daraus ein Recht, indem durch seine Genehmigung ein Verhältniß der Stellvertretung begründet worden ist (h).

Ein Vertrag, wodurch Jemand die Handlung eines Dritten verspricht, ist so auszulegen, daß der Versprechende die Handlung zu bewirken sich bemühen will. Unterläßt er diese Bemühung, oder verhindert er die Handlung durch sein Versehen, so ist er zur Entschädigung verpflichtet (i). Für den Erfolg der Handlung selbst ist er nur dann einzustehen verpflichtet, wenn er diese Verpflichtung besonders übernommen hat (k).

II. Oesterreichisches Recht.

Hier ist nur kurz und einfach der Grundsatz anerkannt, daß der von einem Stellvertreter innerhalb der Gränzen seines Auftrags geschlossene Vertrag Rechte und Verpflichtungen für den Vertretenen begründet, für den Vertreter aber nicht (l).

III. Französisches Recht.

Eben so kurz und einfach, wie im Oesterreichischen

(h) A. L. R., Th. I. Tit. 5 § 74—77. — Es ist eine besondere Ausnahme, daß ein Schenkungsversprechen von jedem Dritten rechtsgültig angenommen werden kann, wenn der zu Beschenkende wegen Kindheit, Krankheit, oder Mangel an Verstand, unfähig zur Annahme ist. A. L. R., Th. I. Tit. 11 § 1060.

(i) A. L. R., Th. I. Tit. 5 § 40—44. — Vgl. oben § 59. a.

(k) A. L. R., Th. I. Tit. 5 §. 45.

(l) Oesterreichisches Gesetzbuch §. 1017.

Gesetzbuch, findet sich diese Anerkennung des Hauptgrundsatzes auch im Französischen (m).

§. 61.

I. Vertrag. B. Personen. Unbestimmte Personen.

Es ist oben bemerkt worden (§ 53), daß bei den Verträgen zweierlei Fälle vorkommen, in welchen die Personen, durch welche der Vertrag entsteht, eine andere als die einfachste und natürlichste Stellung einnehmen, wodurch dann ein tieferes Eingehen in das persönliche Verhältniß nothwendig wird.

Der eine dieser eigenthümlichen Fälle betraf die Stellvertretung, und was mit ihr zusammenhängt; davon ist bisher gehandelt worden (§ 53—60).

Der andere Fall bezieht sich auf diejenige eigenthümliche Gestalt einer Obligation, in welcher das obligatorische Verhältniß, nach Einer Seite hin, nicht (wie gewöhnlich) an eine individuell bekannte Persönlichkeit angeknüpft wird, sondern vielmehr an eine allgemeine Eigenschaft, die gleich Anfangs in ganz verschiedenen Personen sich finden, und im Laufe der Zeit durch verschiedene andere Personen hindurch gehen kann (a).

(m) Code civil art. 1997. 1998.

(a) Nach dem Römischen Erbrecht sollte eine incerta persona in einem letzten Willen nicht bedacht werden dürfen, welche Beschränkung von Justinian aufgehoben worden ist, § 25—27 *J. de legatis* (2. 20). Es ist ganz derselbe Begriff der incerta persona, welcher hier auf die Obligationen angewendet wird.

Diese eigenthümliche Beschaffenheit mancher Obligationen ist von mir schon an anderen Orten erwähnt worden (b). Es gehören dahin im Römischen Recht die Obligationen, die in Folge eines Nießbrauchs und anderer dinglicher Rechte zwischen dem Inhaber und dem Eigenthümer der Sache, als bloße Folgen des Eigenthums und der jura in re, entstehen und übergehen; ferner die aus dem Colonat durch die bloße Geburt entspringenden Obligationen. Im Deutschen Recht gehören dahin die Reallasten, die Bannrechte, die Leibeigenschaft.

Von dieser ganzen, nicht unwichtigen, Classe von Obligationen soll an dem gegenwärtigen Orte nur eine einzelne, sehr beschränkte, Anwendung in Erwägung gezogen werden. Es soll die Frage beantwortet werden, ob und mit welchen Wirkungen es zulässig ist, durch Vertrag, also durch Privatwillkür, in eine Obligation mit einer solchen unbestimmten Person einzugehen. Diese Frage kommt blos in der Art vor, daß eine bestimmte Person, als Schuldner, mit einer unbestimmten Person, als dem Glaubiger, einen Vertrag schließen will, woraus dann die gewöhnlichen Folgen einer Obligation hervorgehen sollen.

Die Möglichkeit eines solchen Vertrages wird von mehreren Schriftstellern allgemein behauptet, oder wenigstens stillschweigend vorausgesetzt. Ich muß diese Möglich-

(b) System B. 2 § 103, B. 1 § 55. b. — Obligationenrecht B. 1 §. 15.

keit, vom Standpunkte des gemeinen Rechts aus, verneinen (c), und zwar aus demselben Grunde, nach welchem das Römische Recht dem Vertrag zum Vortheil eines Dritten, der dazu keinen Auftrag gab, die Wirkung versagt; nämlich weil die Obligationen, als Beschränkungen der natürlichen Freiheit, nicht zu solchen Zwecken eingeführt sind, so daß wir, durch diese Anwendung derselben, ihre natürliche Bestimmung willkürlich überschreiten würden (§ 59 c).

Ich will sogleich einige, nicht seltene, aber wenig erhebliche, Anwendungen namhaft machen, worin diese Frage vorzukommen pflegt.

Wenn Jemand auf die Anzeige oder Rücklieferung einer verlorenen oder gestohlenen Sache, oder auf die Entdeckung des Diebes, in öffentlichen Blättern oder durch öffentliche Anschläge, einen Preis aussetzt, so ist der Sinn einer solchen Bekanntmachung der, daß der Urheber derselben zur Bezahlung des Preises sich verpflichtet gegen die unbekannte Person, die ihm zu seinem Zweck verhelfen möchte. In diesem Fall kann ich gemeinrechtlich nicht annehmen, daß der Finder oder Anzeiger eine Klage auf den Preis habe (d). Damit ist aber nicht gesagt, daß die Aussetzung des Preises ohne Folgen seyn werde; in den meisten Fällen

(c) Stahl Philosophie des Rechts B. 2 S. 316. „Auch die bestimmte Person des creditor gehört zum Wesen einer Forderung. . . . Hievon giebt es allerdings eine Ausnahme an unsern Obligationen au porteur, das ist aber auch ein Institut von publicistischem Charakter."

(d) Unterholzner B. 1 § 26 N. I. nimmt eine Obligation an.

wird der ausgesetzte Preis freiwillig bezahlt werden, so wie die meisten Spielschulden regelmäßiger, als viele andere Schulden, bezahlt zu werden pflegen, auch wo sie gesetzlich (wie im gemeinen Recht) für nichtig erklärt sind. Nur wenn der Finder oder Anzeiger, in Folge der Bekanntmachung, Kosten aufgewendet hat, kann er diese, wenn der Ersatz verweigert wird, mit einer doli actio einklagen (e).

Eine ähnliche Bewandniß hat es mit den Preisen, die für nützliche Entdeckungen, Preisschriften u. s. w. ausgesetzt werden. Auch hier kann ich ein gemeinrechtliches Klagrecht nicht annehmen, aber es wird hierbei thatsächlich noch weniger, als in dem ersten Fall, eine Verweigerung vorkommen. — Das Preußische Landrecht hat für diesen Fall das Daseyn einer Verpflichtung zur Zahlung des Preises anerkannt, und darüber nähere Bestimmungen gegeben (f).

Unter die Verträge mit unbestimmten Personen ist wohl auch, aber mit Unrecht, der sehr häufige und wichtige Fall

(e) Nicht hierher gehört *L.* 15 *de praescr. verb.* (19. 5), indem diese Stelle von dem Vertrag mit einer bestimmten Person spricht, nicht von einem öffentlich ausgesetzten Preise.

(f) A. L. R., Th. 1. Tit. 11 § 988—995. Allerdings sagt der § 988 nur: „Auf nützliche Geistesarbeiten, oder gemeinnützige körperliche Fähigkeiten oder Unternehmungen, öffentliche Belohnungen aussetzen, ist einem Jeden erlaubt.“ Und auch ohne dieses Gesetz würde es sich wohl von selbst verstehen, daß eine solche Handlung eine erlaubte, d. h. nicht verbotene, seyn würde. Aber gemeint ist mit diesem ungenauen Ausdruck etwas ganz Anderes, nämlich daß der Aussetzende auf die Zahlung der Belohnung verklagt werden könne, woran auch die folgenden Paragraphen keinen Zweifel lassen.

der Versteigerungen gezählt worden. Allerdings ist es für diesen Fall streitig, mit welchem Zeitpunkt und durch welche Thatsache der Vertrag als abgeschlossen anzusehen ist (g). Aber, wie man auch diesen Abschluß feststellen möge, so ist doch in jedem Fall, zur Zeit dieses Abschlusses, der Käufer eine bestimmte, bekannte Person. Alle Unbestimmtheit also, die in diesem Fall vorkommt, bezieht sich nur auf die Zeit der Vorbereitungen zu dem Vertrag, nicht auf den Abschluß selbst.

Alle diese Fälle sind von keiner Erheblichkeit für den Verkehr im Großen. Sie sind hier erwähnt worden, um als Einleitung zu dienen zu dem einzig wichtigen Fall dieser Art, welcher einer ausführlichen Darstellung bedarf. Dieser betrifft die Papiere auf den Inhaber, von welchen nunmehr gehandelt werden soll.

§. 62.

I. Vertrag. B. Personen. Papiere auf den Inhaber.

Schriftsteller.

Gönner von Staats-Schulden Abth. 1. München 1826.

Bender Verkehr mit Staatspapieren, 2te Ausg. Göttingen 1830.

(g) Vgl. Unterholzner B. 1 § 26 N. V. Puchta Pandekten und Vorlesungen § 252.

Souchay Ueber die auf jeden Inhaber lautenden Verschreibungen. (Archiv f. civil. Praxis B. 10 N. 5 1827.)

Souchay (a) Ueber Obligationen und Coupons au porteur (Zeitschrift von Linde B. 5 N. 4. 1832).

Schumm Amortisation von Schuldurkunden (Archiv B. 13 Beilageheft 1830).

L. Duncker Ueber Papiere auf den Inhaber (Reyscher und Wilda Zeitschrift für Deutsches Recht B. 5 N. 2 S. 30—52. Leipzig 1841).

Mittermaier Deutsches Privatrecht 7te Ausg. § 273. 274. 304. 329.

Thöl Handelsrecht B. 1. Göttingen 1841. § 51—56.

Papiere auf den Inhaber (au porteur) nennen wir Urkunden über solche Forderungen, welche nicht von einer bestimmten, einzelnen Person geltend gemacht werden können, sondern vielmehr von Jedem, der in einem gewissen Verhältniß zu der Urkunde steht (b). Es ist augenschein-

(a) Ich citire diese zwei Schriften unter der Bezeichnung: Souchay I. und II.

(b) Ich sage einstweilen absichtlich ganz unbestimmt: „in einem gewissen Verhältniß", indem ich es dahin gestellt seyn lasse, ob dieses Verhältniß das Eigenthum, oder der Besitz, und zwar der Besitz in dieser oder jener Bedeutung des Worts, seyn möge. Dieses wird sehr bald genauer untersucht werden.

lich, daß dieser Fall unter die obligatorischen Verträge mit einem unbestimmten Glaubiger gehört (§ 61), und, nach den über diese Verträge bereits aufgestellten Ansichten, müssen wir vom Standpunkt unseres gemeinen Rechts aus geneigt seyn, die Zulässigkeit derselben zu verneinen.

Die Frage nach der Gültigkeit dieser Papiere ist nicht auf dem Wege theoretischer Betrachtung entstanden, vielmehr haben wichtige praktische Bedürfnisse auf dieselbe geführt. Um die Natur dieser Bedürfnisse anschaulich machen zu können, ist es nöthig, in eine allgemeine Vergleichung der wichtigsten Bestandtheile des Vermögens, nämlich des Eigenthums und der Obligationen, einzugehen (c).

Das Eigenthum ist in der Regel einer freien, willkürlichen Veräußerung unterworfen. Wenn eine solche vorgenommen wird, liegt darin eine wahre Uebertragung, also Fortsetzung des vorigen Eigenthums in einer neuen Person; dieses Ereigniß ist also verschieden von einer Vernichtung des Eigenthums, verbunden mit gleichzeitiger Begründung eines ganz neuen, welche bei der Ersitzung eintritt. Dagegen bewirkt die Veräußerung eine völlige Ablösung von der Person des vorigen Eigenthümers, und allen übrigen Rechtsverhältnissen desselben.

(c) Ich bin hier genöthigt, der Deutlichkeit wegen, Sätze aus einer Lehre voraus zu nehmen, die in ihrem wahren Zusammenhang erst dem folgenden Bande angehört.

Ganz anders verhält es sich mit den Obligationen, bei welchen eine wahre Veräußerung, in dem eben bestimmten Sinne des Worts, gar nicht vorkommt. Wenn bei ihnen ein ähnlicher Zweck von den Parteien beabsichtigt wird, so giebt es dafür zwei sehr verschiedene Mittel. Man kann erstlich die bisherige Obligation vernichten, und dafür eine neue von gleichem Inhalt, zum Vortheil eines neuen Glaubigers, errichten (Novation); darin liegt nicht eine Veräußerung oder Uebertragung, sondern der Umtausch einer Obligation gegen eine andere, die nur gleichen Werth hat. Es kann aber auch zweitens der Glaubiger, der die Forderung an einen neuen Glaubiger veräußern möchte, diesem die bloße Verfolgung der Forderung, also die Anstellung der Schuldklage, auftragen, mit der Abrede, daß derselbe den eingeklagten Gegenstand für sich behalten solle (Cession). Das Rechtsgeschäft dieser zweiten Art, welches durch mehrere Personen (Cessionare) hindurch geführt werden kann, unterscheidet sich von der Veräußerung des Eigenthums wesentlich dadurch, daß eine völlige Ablösung von der Person des ursprünglichen Glaubigers und den übrigen Rechtsverhältnissen desselben nicht eintritt. Die wichtige Folge davon ist die, daß jedem Cessionar, auch wenn die Cession durch Viele hindurch gegangen ist, Einreden aus der Person des ursprünglichen Glaubigers entgegen gesetzt werden können, z. B. die Einrede der Compensation oder die exceptio non numeratae pecuniae; eben so auch wegen der

dazwischen liegenden Cessionen, z. B. die Einrede aus der lex Anastasiana (d).

Dieser wichtige Gegensatz zwischen Eigenthum und Obligationen war schon aus den Justinianischen Rechtsbüchern erkennbar, obgleich er da in keiner einzelnen Stelle grundsätzlich ausgesprochen war, und daher auch bei neueren Schriftstellern nicht allgemeine Anerkennung fand. Wir finden ihn jetzt in folgender Stelle des Gajus mit großer Bestimmtheit ausgedrückt. Nachdem derselbe von den verschiedenen Formen der Veräußerung des Eigenthums gesprochen hatte, hebt er den Unterschied der Obligationen vom Eigenthum in folgenden Worten hervor (e):

> Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt. Nam quod mihi ab aliquo debetur, id

(d) Vgl. Mühlenbruch Cession § 60. — In neueren Gesetzbüchern wird wohl gesagt, die Cession übertrage das Eigenthum der Obligation, also die Substanz des Rechts selbst, und damit scheint die im Text erwähnte Verschiedenheit des Eigenthums und der Obligationen beseitigt (A. L. R., I. 11 §. 376. 393). Das ist aber nur scheinbar, denn es wird ausdrücklich hinzugefügt, der Cessionar müsse sich die Einreden aus der Person des Cedenten gefallen lassen, namentlich die der Compensation (A. L. R., I. 11 § 407. 408. 735. 736, I. 16 § 313). Also ganz wie im Römischen Recht, nur etwas weniger consequent. — Aehnlich sind die Bestimmungen des Oesterreichischen Gesetzbuchs § 1394—1396.

(e) Gajus Lib. 2 § 38. 39. — Eine, allerdings weit beschränktere, Erwähnung derselben Eigenthümlichkeit der Obligationen findet sich in folgender Stelle des Ulpian. *L.* 25 § 2 *de usufr.* (7. 1) „quamvis non soleat stipulatio semel cui quaesita ad alium transire, nisi ad heredem vel adrogatorem" (also überhaupt nicht durch Singularsuccession, welches eben der von Gajus hervorgehobene Grundsatz ist).

si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possumus, sed opus est, ut jubente me tu ab eo stipuleris: quae res efficit, ut a me liberetur, et incipiat tibi teneri; quae dicitur novatio obligationis. — Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea, quasi cognitor aut procurator meus, experiri.

Mit dieser Behandlung der Obligationen ist denn auch im gewöhnlichen, täglichen Verkehr ganz wohl auszureichen. Nicht so in den verwickelteren Geschäften des Verkehrs im Großen, die zugleich mit einem raschen, lebendigen Betriebe, und mit einer Wirkung auf weite Entfernungen hin, verbunden zu seyn pflegen, so wie sie namentlich durch die in neuerer Zeit stets wachsende Entwickelung des Welthandels herbeigeführt worden sind. Hier wurde das Bedürfniß empfunden, neue Formen zu bilden, durch welche die oben erwähnten, mit der Veräußerung des Eigenthums verbundenen, Vortheile auch den Obligationen zugewendet werden könnten.

Um die Natur dieser Aufgabe vollständig zu übersehen, ist es nöthig, die aus der oben angegebenen Natur der Cession (verglichen mit der Uebertragung des Eigenthums) entspringenden Schwierigkeiten scharf in das Auge zu fassen. Es kommen dabei zwei Schwierigkeiten in Betracht, die an sich verschieden und von einander unabhängig sind.

Die erste Schwierigkeit, die schon oben angegeben

wurde, besteht darin, daß, bei der Cession, die Forderung stets in Beziehung auf den ursprünglichen Glaubiger bleibt, aus dessen Person also der Schuldner Einreden herleiten kann, eben so wie aus den in der Mitte liegenden Cessionen.

Davon verschieden ist die zweite Schwierigkeit, darin bestehend, daß der letzte Cessionar, der die Forderung geltend machen will, alle in der Mitte liegenden, vielleicht sehr zahlreichen, Cessionen beweisen muß. — Auf den ersten Blick möchte man glauben, diese zweite Schwierigkeit sey gar nicht den Obligationen eigenthümlich, indem ja auch der Eigenthümer alle zwischen ihm und irgend einem ersten, ursprünglichen Eigenthümer liegenden Uebertragungen beweisen muß. Allein, praktisch betrachtet, stehen hierin dem Eigenthümer folgende Erleichterungen zur Seite, die bei der Cession ganz wegfallen. Der Besitzer kann stets das Eigenthum neu anfangen durch die Ersitzung, die besonders im älteren Recht durch kurze Fristen so sehr begünstigt war. Auch schon vor vollendeter Ersitzung schützt den Besitzer die publicianische Klage, die in den allermeisten Fällen völlig dieselbe Sicherheit gewährt, wie die Usucapion. Endlich ist noch der folgende Unterschied zwischen dem Eigenthum und den Obligationen zu erwägen, dessen praktische Wichtigkeit leicht übersehen wird. Das Eigenthum wird ausgeübt und benutzt durch ein unmittelbares Verhältniß zwischen der Person und der Sache, und nur in den seltneren Fällen, wenn das Recht verletzt oder bestritten wird, kann

es nöthig werden, die Uebertragungen (die auch hier zahlreich seyn können) zu beweisen. Die Obligation dagegen kann gar nicht ausgeübt und benutzt werden ohne Mitwirkung des Schuldners, und auch wenn dieser den Willen und das Vermögen zur Erfüllung hat, muß dennoch der letzte Cessionar die in der Mitte liegenden Cessionen beweisen.

Das sind die praktischen Schwierigkeiten im Verkehr mit den Obligationen, zu deren Beseitigung oder Verminderung das Bedürfniß der Bildung neuer Formen empfunden werden mußte. Eine Hinweisung auf solche neue, erleichternde, Formen, lag in dem Umstand, daß fast alle Obligationen von einiger Erheblichkeit nicht durch blos mündliche Abrede geschlossen werden, sondern daß man dabei Urkunden (Schuldscheine u. s. w.) anzuwenden pflegt. Eine solche Urkunde ist ein Körper, eine Sache, also möglicher Gegenstand des Eigenthums und des Besitzes. Damit ist ein Weg angedeutet, wie das Verhältniß des Glaubigers zu dieser Sache (der Schuld-Urkunde) zugleich zur leichteren Uebertragung der Forderung, also des Rechts gegen den Schuldner, benutzt werden könnte. — Ich will jetzt die verschiedenen Fälle und Stufen, der Reihe nach, angeben, in welchen dieses neue Mittel zur Erreichung des Zweckes, mit mehr oder weniger Erfolg benutzt worden ist. Man kann alle diese Fälle unter dem gemeinsamen Gesichtspunkt einer **Verkörperung der Obligation** zusammen

fassen. Bei jedem derselben werden wir uns stets zwei Fragen vor Augen halten müssen:

Ist eine solche Vertragsform gültig oder ungültig? Welches ist die Bedeutung und Wirkung der Gültigkeit, so wie der Ungültigkeit?

§. 63.

I. Vertrag. B. Personen. Papiere auf den Inhaber (Fortsetzung).

Die erste und einfachste Einrichtung, wodurch der angegebene Zweck (§ 62) erreicht werden könnte, scheint darin zu bestehen, daß man jedem dritten Besitzer eines Schuldscheins gestattete, die in demselben ausgedrückte Forderung zu verfolgen, so daß der bloße Besitz des Schuldscheins als Legitimation zur Klage, gleichsam als eine fingirte oder vermuthete Cession, angesehen werden müßte. — Diese Auskunft hat gegen sich nicht blos die Gefahr des Mißbrauchs durch unrechtmäßigen Besitz (welche großentheils auch bei den folgenden Mitteln eintritt), sondern vorzüglich den Umstand, daß das bloße Daseyn eines gewöhnlichen Schuldscheins durchaus nicht auf die Absicht der Parteien schließen läßt, für den Schuldschein eine solche Behandlung eintreten zu lassen, die vielleicht ihrem Willen geradezu entgegen ist. Daher hat denn auch diese Auskunft weder bei Schriftstellern, noch in der Praxis, Anklang gefunden (a).

(a) Glück B. 16 S. 439.

Anders verhält es sich, wenn der Inhalt des Schuldscheins zeigt, daß die Parteien selbst eine solche Behandlung wollen. Auch Dieses aber findet sich wieder in zwei verschiedenen Formen.

Die einfachste Form besteht darin, daß der Schuldschein zwar einen bestimmten Schuldner ausdrückt, aber keinen Glaubiger, so daß der Schuldner sich verpflichtet, gegen jeden Inhaber zu leisten. Es ist einleuchtend, daß hier von einer Cession und dem Beweise derselben gar nicht die Rede seyn kann, daß vielmehr die Absicht des Schuldners darauf gerichtet ist, jeden Inhaber als Glaubiger anzuerkennen. Es fragt sich nur, ob ein solches Rechtsgeschäft gültig ist. Manche Schriftsteller erklären es für gültig (b), andere dagegen, und zwar die bewährteren, halten es für ungültig (c), und nach der oben (§ 61) aufgestellten Regel muß ich mich gleichfalls für die Ungültigkeit aussprechen. Auch die Praxis der Gerichte, oder etwa ein erhebliches Interesse des Verkehrs, kann für ein solches Rechtsgeschäft in dieser Abstraction gewiß nicht geltend gemacht werden (d).

Eine zweite Form besteht darin, daß der Schuldschein zwar eine bestimmte Person als Glaubiger bezeichnet, jedoch mit dem Zusatz: und an den Inhaber, oder: und

(b) Glück B. 16 S. 441. 442.

(c) Mühlenbruch Cession § 42 S. 458. Auch Pufendorf Obs. IV. 218 ist eigentlich dieser Meinung, indem er den Beweis des Titels erfordert.

(d) Von einer sehr concreten Anwendung dieser Form, nämlich von dem Wechsel auf den Inhaber, wird sogleich weiter die Rede seyn.

an den getreuen Inhaber, auch wohl noch in anders lautenden, aber ähnlichen Ausdrücken. In allen diesen Fällen also wird ein alternatives Recht anerkannt, das einer bestimmten Person, und daneben das einer unbestimmten, so daß es sich fragt, wer unter dieser unbestimmten Person zu verstehen ist. Am wenigsten hat die Meinung für sich, welche zwischen den einzelnen Ausdrücken unterscheiden will, so daß der Inhaber ein Andrer wäre, als der getreue Inhaber; eine Meinung, die schon deswegen zu verwerfen ist, weil der Ausdruck nicht blos zwischen diesen zwei Gestalten schwankt, sondern vielmehr zwischen den mannichfaltigsten Abwechselungen. Giebt man nun diese Unterscheidung auf, so hat man nur die Wahl zwischen einer freieren und einer strengeren Meinung, deren jede ihre Vertheidiger gefunden hat. Nach der freieren Meinung soll jeder Inhaber des Schuldscheines die Forderung einklagen können, indem der bloße Besitz die Vermuthung der Cession mit sich führen soll; der Zusatz: getreue soll nur den redlichen Besitz bezeichnen, der aber überall vermuthet werde, also durchaus keine praktische Einschränkung mit sich führe (e). — Nach der strengeren Meinung sollen alle diese Ausdrücke nur die rechtliche Möglichkeit der Cession anerkennen, jedoch stets unter der Voraussetzung, daß die Cession als Thatsache bewiesen werde (f). Die Richtigkeit dieser strengeren Meinung

(e) Bender S. 167. 168, wo noch andere Schriftsteller angeführt werden. — Dunker § 2. 3.

(f) Glück B. 16 S. 440. 441. — Thöl Handelsrecht § 54 Note 2.

ergiebt sich schon aus mehreren Urkunden des vierzehnten und fünfzehnten Jahrhunderts, worin geradezu das Recht des dritten Inhabers an die Einwilligung des ursprünglichen Glaubigers, also an die erweisliche Cession, als Bedingung geknüpft ist (g).

In den hier dargestellten Rechtsgeschäften also können wir solche erleichternde Formen, wie sie oben (§ 62) gefordert wurden, nicht anerkennen. Ja, selbst wenn wir uns zur Meinung der eben angeführten Gegner bekennen wollten, würde die Sache doch nur ein geschichtliches Interesse haben, für den heutigen Rechtszustand aber unerheblich seyn, indem solche Geschäfte, wenn überhaupt, doch gewiß nicht in irgend einem bedeutenden Umfang, gegenwärtig vorzukommen pflegen.

Dagegen hat das Bedürfniß des Handelstandes in neuerer Zeit Vertragsformen herbeigeführt, welche sich den eben angegebenen Rechtsgeschäften theilweise anschließen, und welche zugleich völlig dazu geeignet sind, den oben aufgestellten

(g) Dunker, der die freiere Meinung vertheidigt (Note e), giebt selbst folgende Urkunden an: N. III. (vom Jahre 1334) „und swer den Brief inne hat mit der Chlosterfrawen wille." — N. VII. (Jahr 1434) „Swer auch den Brief ine hat und für pringt mit irem gutleichen willen und gunst". — N. VIII. (Jahr 1434) „oder wer den Brief von iren wegen und mit irem willen in hat". — In allen diesen Verträgen wird das Recht des Inhabers an die Bedingung einer Cession geknüpft, die als Thatsache stets erwiesen werden muß.

Zwecken (§ 62) zu genügen. Es gehören dahin: das Wechselgeschäft, und die Seeversicherung.

I. Das Wechselgeschäft.

Der Wechsel ist im Laufe der Zeit zu einem der wichtigsten und unentbehrlichsten Werkzeuge des Handels ausgebildet und benutzt worden (h). Manche haben ihn als Geld ansehen wollen. Das ist er nun freilich nicht, wohl aber ist er ein Träger des Geldes, indem das Wesen desselben darin besteht, Geldzahlungen mit großer Leichtigkeit und Sicherheit zu bewirken, und zwar bis zu den größten Entfernungen hin, und zugleich mit Zuziehung einer beliebigen Zahl mitwirkender Personen, die in das Geschäft verflochten werden.

Schon in seiner einfachsten und häufigsten Gestalt, in welcher auf dem Wechsel nur bestimmte, einzeln genannte, Personen erscheinen, ist er völlig genügend, die oben (§ 62) bemerkten Schwierigkeiten im Verkehr mit Obligationen zu beseitigen. Denn wenn der erste, im Wechsel bezeichnete, Glaubiger (der Remittent) den Wechsel durch Indossament

(h) Es ist hier hauptsächlich von dem gezogenen Wechsel, als dem eigentlich kaufmännischen Geschäfte, die Rede. Der eigene oder trockene Wechsel ist meist nur ein Schuldschein über ein Darlehen, dem durch den Willen der Parteien eine strenger bindende Kraft (das Wechselrecht) beigelegt worden ist. Indessen wird an manchen Orten auch der eigene Wechsel zu kaufmännischen Zwecken gebraucht, und hat dann dieselbe Natur, wie der gezogene.

(Giro) auf einen Andern überträgt, so bewirkt er durch die Uebergabe des Wechsels eine vollständige Veräußerung, wie die des Eigenthums, so daß keinem künftigen Inhaber eine Einrede aus der Person des ersten Glaubigers oder wegen der in der Mitte liegenden Cessionen entgegengesetzt werden kann (i). — Ferner wird durch die Form des Wechsels jede Schwierigkeit in dem Beweise der, oft sehr zahlreichen, Cessionen beseitigt, indem aus einer und derselben, kleinen und leicht versendbaren, Urkunde, neben dem ersten Anfang des Geschäfts, auch alle Indossamente unmittelbar ersichtlich sind.

Insofern also bedurfte es bei den Wechseln einer Stellung auf jeden Inhaber gar nicht. Dennoch ist auch diese dabei angewendet worden, um dem Geschäft eine größere Vielseitigkeit und Biegsamkeit zu geben; und zwar ist Dieses in zwei verschiedenen Formen versucht worden.

Erstlich hat man den Wechsel selbst schon ursprünglich auf jeden Inhaber gestellt, in ähnlicher Weise, wie es oben bei dem einfachen Schuldschein bemerkt worden ist (Note b. c). Die Gültigkeit der so gefaßten Wechsel ist keinesweges allgemein anerkannt. Manche Gesetze nehmen sie als gültig an, namentlich das Preußische Landrecht (k);

(i) Mühlenbruch Cession § 19 S. 234. — Allg. Deutsche Wechselordnung von 1848 Art. 82

(k) A. L. R. II. 8 § 762 763. 810.

andere verwerfen sie (l). Die allgemeine Deutsche Wechselordnung nimmt sie nicht als gültig an (m).

Zweitens hat man die Form gewählt, nach welcher der Wechsel zwar zunächst auf eine bestimmte Person (als Remittenten) gestellt, dann aber irgend ein Indossament auf jeden Inhaber hinzu gefügt wird (Indossament in Blanko). Auch über die Gültigkeit dieser Form lauten die Gesetze verschieden (n); das Preußische Landrecht erkennt sie an (o), und eben so auch die allgemeine Deutsche Wechselordnung (p).

Es ist einleuchtend, daß die Anerkennung auch nur dieser zweiten Form für jeden Zweck des Verkehrs ausreicht, indem es nur der Hinzufügung weniger Worte (ja sogar nur der Unterschrift des Indossanten) bedarf, um dem Wechsel diese zweite Form zu geben, die dann eine gleichartige Wirksamkeit mit der ersten Form hat.

II. Die Police für Seeversicherung.

Wenn Waaren oder Schiffe gegen Seegefahr versichert werden, so hat die über diesen Vertrag ausgestellte Urkunde

(l) Mittermaier § 329. Es geschieht daher ohne rechten Grund, daß er sie als gemeinrechtlich gültig angiebt.

(m) Allg. Deutsche Wechselordnung von 1848 Art. 4 Nr. 3., verbunden mit Art. 7. Dadurch ist zugleich die oben angegebene Vorschrift des Landrechts (Note k.) aufgehoben. Gesetzsammlung 1849 S. 49.

(n) Mittermaier § 336.

(o) A. L. R. II. 8 § 816—818.

(p) Allg. Deutsche Wechselordnung Art. 12. 13. 36.

(Police) einen weit beschränkteren Zweck, als den, welcher so eben dem Wechselgeschäft beigelegt worden ist. Beide Geschäfte aber kommen darin überein, daß sie oft in sehr weite Entfernungen hin zu wirken bestimmt sind. Daher entstand auch bei der Police für Seeversicherung das Bedürfniß, ihr oft eine größere, als die gewöhnliche, Biegsamkeit mitzutheilen, indem sie auf den Inhaber gestellt wurde. Diese Form des Geschäfts scheint allgemein als gültig anerkannt zu werden (q). Dadurch werden dann auch alle Schwierigkeiten beseitigt, die oben für die Cessionen nach gemeinem Recht angegeben worden sind (§ 62).

Bei den hier angegebenen wichtigen Geschäften des Handelsrechts, die als Papiere auf den Inhaber erscheinen können, sind noch zwei gemeinsame Bemerkungen hinzu zu fügen.

Der Wechsel und die Police sind zu betrachten als *vereinzelte* Geschäfte, deren jedes seinen bestimmten Zweck, seinen Verlauf, und seine Beendigung für sich hat (r).

(q) *Mittermaier* § 303. *Dunker* S. 51. Doch ist der Gebrauch dieser Geschäftsform nicht häufig. Das Preußische Recht gestattet sie nur für Kaufleute. A. L. R. II. 8 § 2071.

(r) Dieser Charakter vereinzelter Papiere muß auch da behauptet werden, wo etwa ein Prima-, Secunda-, Tertia-Wechsel ausgestellt wird. Denn auch von diesen soll doch immer nur einer allein wirken, so daß sie in einem alternativen Verhältniß zu einander stehen. Vgl. *Mittermaier* § 331.

Dieser Charakter derselben wird hier nur vorläufig bemerkt, im Gegensatz der nachfolgenden Papiere auf den Inhaber, die gerade umgekehrt die Natur von Quantitäten an sich tragen.

Ferner ist bei diesen Papieren auf den Inhaber zu bemerken, daß gerade die Fragen, die in anderen Obligationen die wichtigsten sind, in den Hintergrund treten, nämlich das Verhältniß des Glaubigers zum Schuldner, also die Frage, was der Schuldner zu leisten hat, und wie diese Leistung durch Klage erzwungen werden kann. Denn in dieser Beziehung unterscheidet sich der Wechsel auf den Inhaber von dem Wechsel auf bestimmte Personen gar nicht; die Wechselverbindlichkeit und die Wechselklage ist für beide Fälle völlig dieselbe. — Bei ihnen beschränkt sich die ganze Schwierigkeit, und also auch unsere ganze fernere Untersuchung, auf die Frage:

> Wer ist der Inhaber, auf welchen solche Papiere gerichtet werden können? Was ist unter diesem Namen zu verstehen?

Diese, gewissermaßen theoretische, Frage, muß dann den Weg bahnen zur Beantwortung der rein praktischen Fragen, welche sich bei diesen Papieren beziehen auf ihre Uebertragung, ihre Vindication, und ihre Amortisation.

§. 64.

I. Vertrag. B. Personen. Papiere auf den Inhaber (Fortsetzung).

Die bisher abgehandelten Papiere auf den Inhaber (§ 63) bezogen sich auf reine Privatgeschäfte einzelner Personen. Es sollen nunmehr andere Fälle untersucht werden, die einen mehr öffentlichen Charakter an sich tragen, indem sie sich wesentlich auf juristische Personen beziehen, und zugleich entweder von einem Staate selbst ausgehen, oder doch von einer Staatsgewalt genehmigt sind, und unter der näheren Aufsicht derselben stehen (a). Als Papiere dieser Classe sollen hier zusammen gestellt werden: die Staatsobligationen, die Pfandbriefe in vielen Preußischen Provinzen, und die Schuldbriefe industrieller Corporationen.

I. Staatsobligationen.

Die Obligationen, worin der Staat als Schuldner auftritt, können in derselben Form zu Stande kommen, wie die Obligationen der Privatpersonen, und dann gehören sie nicht in das Gebiet der gegenwärtigen Betrachtung. Aber auch da, wo sie auf eine mehr eigenthümliche, und in's Große gehende Weise eingerichtet werden, gehören sie doch großentheils nicht hierher, indem sie sehr häufig in öffent-

(a) Stahl Philosophie des Rechts B. 2 S. 316, s. o. § 61.c.

lichen Büchern auf den Namen bestimmter Personen eingetragen werden (b).

Hier haben wir uns nur mit denjenigen Staatsobligationen zu beschäftigen, worüber Schuldbriefe ausgefertigt werden, die nicht auf bestimmte Personen, sondern auf jeden Inhaber gerichtet sind, und denen dann auch gleichartige Zinsscheine oder Coupons hinzugefügt werden.

Die Rechtsgültigkeit dieser Classe von Papieren auf den Inhaber kann unter allen am wenigsten bezweifelt werden. Sehr gewöhnlich werden sie eingeführt und bestätigt durch eigentliche, in aller Form erlassene, Gesetze. Und auch da, wo diese Form etwa fehlen möchte, werden sie gewiß durch feierliche Erklärungen der höchsten Staatsgewalt im Wege der Verwaltung bestätigt seyn. Ueberhaupt aber hat bei diesen Papieren die Frage nach der Rechtsgültigkeit (so seltsam Dieses lauten mag) gar nicht die wichtige praktische Bedeutung, wie bei vielen anderen, z. B. bei den Wechseln auf den Inhaber (§ 63. k bis p). Bei diesen nämlich kommt es darauf an, ob der Richter, im Fall der Klage, sie als rechtsgültig anzuerkennen hat. Die Staatsobligationen aber stehen gar nicht unter dem privatrechtlichen Schutz eines Richters.

(b) Bender S. 159. Dahin gehören z. B. die Französischen Staaten, weshalb die auswärtigen Besitzer derselben die Vermittelung von Pariser Handlungshäusern anzuwenden pflegen.

II. Pfandbriefe im Preußischen Staate (c).

Vom Jahre 1769 an wurden in folgenden Theilen des Preußischen Staates Credit-Corporationen eingeleitet und allmälig durchgeführt: Schlesien, Mark Brandenburg, Pommern, Westpreußen, Ostpreußen, Posen. Eine solche Corporation führt den Namen: Landschaft, in der Mark: Ritterschaft. Sie ist gebildet aus den Eigenthümern der Rittergüter jedes Landestheils. Der Eigenthümer kann verlangen, daß sein Gut, nach den genau bestimmten Grundsätzen der Corporation, taxirt, und daß ihm, auf einen bestimmten Theil des Taxwerthes (d), ein Credit eröffnet werde. Dieses geschieht dadurch, daß Pfandbriefe bis auf die bestimmte Summe, welche auf den Inhaber lauten, und zugleich den Namen des einzelnen Gutes ausdrücken, ausgefertigt, und dem Gutsbesitzer eingehändigt werden, der über diese Papiere nach Gutdünken verfügen kann.

Hieraus entstehen nun folgende Rechtsverhältnisse. Der Inhaber des Pfandbriefes ist Glaubiger. Ihm gegenüber steht als persönlicher Schuldner nicht der Gutsbesitzer, sondern die Corporation, aus deren Kasse er die Zinsen,

(c) Rabe Darstellung des Wesens der Pfandbriefe. Halle und Berlin. 1818. 2 Bände 8. — Nach ähnlichen Grundsätzen sind auch iu manchen andern Deutschen und außerdeutschen Ländern Pfandbriefe eingeführt worden, namentlich in Mecklenburg, wo dieses Institut sehr gute Folgen gehabt hat. Ein sehr reichhaltiges Verzeichniß solcher Länder findet sich in einem Aufsatz von Wolowski in der revue de législation et de jurisprudence. Paris 1852 T. 1 p. 74. 75.

(d) Die Hälfte oder zwei Drittheile, je nach verschiedenen Landestheilen.

und, wenn er kündigen will, auch das Kapital zu empfangen hat (e). Das in dem Pfandbriefe benannte Gut haftet dem Inhaber als Hypothek.

Die Corporation von ihrer Seite nimmt nun wieder den Gutsbesitzer in Anspruch, und zunächst schon wegen der nicht pünktlich eingezahlten Zinsen. Dabei ist sie nicht genöthigt, den langsameren gerichtlichen Weg einzuschlagen, sondern sie kann, nach den Verordnungen für dieses Institut, sogleich das Gut in Beschlag nehmen und selbst verwalten, um die regelmäßige Zinszahlung zu bewirken. Das Recht zur Subhastation folgt aus den allgemeinen Regeln des Hypothekenrechts.

Die Rechtsgültigkeit dieser Classe von Papieren auf den Inhaber ist wiederum außer Zweifel, da alle diese Pfandbriefe auf eigentlichen, in aller Form erlassenen, Gesetzen beruhen.

III. Schuldbriefe industrieller Corporationen.

In neuerer Zeit sind viele große industrielle Unternehmungen auf Kapitale gegründet worden, die von vielen

(e) Ob dieses persönliche Schuldrecht gegen die Corporation durch gerichtliche Klage geltend gemacht werden kann, ist bestritten. Die Frage ist aber praktisch weniger wichtig, als man glauben möchte. Stehen die Pfandbriefe auf Pari oder höher, so wird Niemand an eine Klage denken, weil der Verkauf an der Börse bequemer und vortheilhafter seyn wird. In großen Nothständen, wie nach dem Krieg von 1806, treten wohl Indulte ein. In mittleren Zeiten aber werden stets die Corporationen im Verwaltungswege Rath zu schaffen wissen.

Einzelnen dergestalt zusammen gebracht wurden, daß Jeder, nach dem Maaße seines Beitrages, auf den Inhaber gerichtete Aktien erhielt. In größter Ausdehnung geschah Dieses bei dem Bau von Eisenbahnen. Die Wichtigkeit des Gegenstandes veranlaßte dann häufig, daß Gesetze die Unternehmung bestätigten, und zugleich ihre Bedingungen feststellten (f). — Daß solche Aktien Papiere auf den Inhaber genannt werden konnten, ist einleuchtend, eben so aber auch, daß sie nicht unmittelbar in das Gebiet der gegenwärtigen Untersuchung gehören. Denn wir haben hier mit Obligationen zu thun, und mit Inhabern von Papieren, die als Glaubiger zu betrachten sind. Die eben erwähnten Aktien aber sind Urkunden über Antheile am Eigenthum einer Eisenbahn oder einer anderen industriellen Anstalt, und der Inhaber einer solchen Aktie ist ein Miteigenthümer (f'). Daher tragen solche Aktien keine Zinsen,

(f) Vgl. Thöl Handelsrecht B. 1 § 44. — In Preußen wurde im Jahre 1843 ein allgemeines Gesetz erlassen, über die Errichtung von Aktien-Gesellschaften mit landesherrlicher Genehmigung worin namentlich die Aktien auf den Inhaber, als ein besonders wichtiger Gegenstand, erwähnt werden. Gesetzsamml. 1843 S. 341.

(f') Es muß jedoch bemerkt werden, daß für dieses Rechtsverhältniß eine zweifache Auffassung denkbar ist. Man kann nämlich die Corporation als Eigenthümer der Anstalt ansehen, so daß dann die einzelnen Aktionaire als Glaubiger der Corporation oder als bloße Nutzungsberechtigte gedacht werden müßten. — Man kann aber auch zweitens (welches meine Ansicht ist) die Aktionäre als Miteigenthümer der Anstalt ansehen, so daß die corporative Verfassung blos die leichtere und vollständigere Vertretung nach außen zum Zweck hat. Für diese Auffassung spricht der Umstand, daß ursprünglich gewiß eine reine Societät (also Miteigenthum der Einzelnen) vor-

sondern Dividenden, d. h. Quoten des gewonnenen Reinertrags, viel, oder wenig, oder gar Nichts, je nach dem mehr oder weniger günstigen Erfolg des Unternehmens (g). — Dennoch haben die eben erwähnten Papiere mit denen, welche uns hier beschäftigen, gerade die wichtigsten Fragen gemein (h), und wir werden daher bald Gelegenheit finden, sie in den Kreis unserer Untersuchung mit herein zu ziehen.

Aber auch eine unmittelbare Anwendung unserer hier vorliegenden Untersuchung kann an solche industrielle Unternehmungen angeknüpft werden. Es geschieht sehr häufig, daß das ursprünglich berechnete, durch jene Aktien zusammengebrachte, Kapital zur Ausführung des Unternehmens nicht hinreicht. Eine sehr gewöhnliche Form, das fehlende Kapital zu beschaffen, besteht dann darin, daß die Corporation eine Schuld aufnimmt, und für diese Schuld wiederum Schuldscheine auf den Inhaber ausstellt, welche man Prioritäts-Aktien nennt (im Gegensatz der ursprünglichen

handen ist, und daß die spätere Ertheilung der Corporationsrechte gewiß nicht dazu bestimmt ist, das innere Rechtsverhältniß wesentlich umzuändern. Vgl. auch das Preußische Gesetz über Eisenbahnen § 3 (G. S. 1838 p. 506). — Diese ganze Streitfrage hat übrigens eine blos theoretische Bedeutung. — Auch schon das Römische Recht kennt Corporationen dieser Art. Savigny System B. 2 § 88 i.

(g) Wenn zuweilen bei solchen Aktien auch Coupons für feste Zinsen vorkommen, so hängt Das meist damit zusammen, daß der Staat eine gewisse Dividende, als Minimum, garantirt. Diese wird dann als Zins bezeichnet, neben welchem, je nach dem Erfolg, eine unbestimmte Dividende noch hinzutreten kann oder nicht.

(h) Vgl. die am Schluß des § 63 aufgestellten Fragen.

Stamm-Aktien). Dieses sind dann Urkunden über reine Obligationen, von welchen feste Zinsen gezahlt werden, nicht unbestimmte Dividenden.

Diese Prioritäts-Aktien sind ganz gleichartig den Staatsobligationen und den Pfandbriefen. Ihre Rechtsgültigkeit wird sehr gewöhnlich dadurch außer Zweifel gesetzt, daß sie eine landesherrliche Bestätigung, in Form eines Gesetzes, erhalten (i).

Die Gleichartigkeit der hier zusammengestellten drei Classen von Papieren auf den Inhaber ist unverkennbar. Wir haben zunächst das Wesen derselben festzustellen, also die Frage zu beantworten: was sind diese Papiere? Diese Frage ist besonders wichtig und bestritten bei den Staatsobligationen, aber die Beantwortung derselben ist auch auf die anderen Classen anwendbar.

Manche haben gesagt, die Staatsobligationen seyen Geld, also eine Art von Papiergeld (k). Die Meisten haben diese Meinung verworfen (l), aber großentheils aus einem irrigen Grunde, nämlich weil sie keinen Zwangscours haben; dieser Grund ist irrig, weil der Zwangscours gar nicht zum Wesen des Geldes gehört, sondern nur zufällig

(i) Beispiele aus der Preußischen Gesetzgebung: Gesetzsammlung 1842 S. 77 und S. 300, 1845 S. 459 und S. 572, 1851 S. 721.

(k) Souchay I. S. 152. 153.

(l) Gönner §. 56. Bender S. 173. Dunker S. 47. Thöl § 54.

mit demselben verbunden werden kann (§ 42). — Der wahre Grund, aus welchem diesen Papieren die Natur des Geldes abgesprochen werden muß, liegt darin, daß das Geld die Bestimmung hat, als allgemeiner Werthmesser zu dienen (§ 40), anstatt daß die hier in Frage stehenden Papiere zu diesem Zweck weder verfertigt, noch wirklich gebraucht werden; von ihrer wahren Bestimmung wird sogleich die Rede seyn. Die wichtige praktische Folge dieser wesentlichen Verschiedenheit zwischen unseren Papieren und dem Gelde liegt darin, daß in dem Gelde (auch dem Papiergeld) das Vermögensrecht und der Werth sich vollständig verkörpert, welches bei unseren Papieren durchaus nicht der Fall ist (§ 69).

Andere haben gesagt, diese Papiere seyen als Waare zu betrachten (m). Versteht man darunter die Möglichkeit, sie zu kaufen oder zu verkaufen, so ist diese wahr, aber ganz unbedeutend; denn diese Eigenschaft haben sie mit den allermeisten Bestandtheilen des Vermögens gemein: nicht blos dem Eigenthum, sondern auch mit den auf bestimmte Personen gerichteten Forderungen. — Indessen soll auch mit jenem Ausdruck etwas ganz Anderes bezeichnet werden; man will sagen, jene Papiere seyen dazu bestimmt, als Gegenstände der Speculation, des Börsenhandels, zu dienen. Diese Auffassung ist nicht unwichtig, aber völlig verwerflich. Zwar liegt die Möglichkeit einer solchen Anwendung in der

(m) Bender S. 175.

Natur jener Papiere, so daß sie weder verhindert werden kann, noch soll. Allein der Staat, welcher solche Obligationen ausstellt, hat gewiß nicht die Absicht, dadurch einen neuen Gegenstand des Handels zu erzeugen, und es liegt weit mehr in seinem Vortheil, daß sie in festen Händen unbeweglich bleiben, als daß sie beständig auf der Börse umlaufen. Und auch deswegen ist dieser, dem Glücksspiel ähnliche, Handel nicht wünschenswerth, weil dadurch den productiven Handelsgeschäften Thätigkeit und Geldkräfte entzogen werden (n).

Sind nun diese Papiere weder Geld, noch Waare, so müssen wir dagegen wahre Schuldscheine in ihnen erkennen, und zwar Schuldscheine über Gelddarlehen (o), von anderen, gewöhnlichen Schuldscheinen in ihrer Form nur dadurch unterschieden, daß sie auf jeden Inhaber, nicht auf eine bestimmte Person, ausgestellt sind. Der Zweck derselben geht dahin, große Geldsummen zusammen zu bringen, indem sie vielen, auch nicht reichen, Geldbesitzern die

(n) Es zeigt sich hierin ein merkwürdiger Gegensatz zwischen den Staatsobligationen und dem Gelde, besonders dem Papiergeld; ein Gegensatz, den man, wegen der äußerlichen Aehnlichkeit, leicht übersieht. Bei den Staatsobligationen ist ein schwunghafter Umlauf (durch Kauf und Verkauf) meist Zeichen eines krankhaften Zustandes, indem ein gesunder Zustand dahin führt, daß sie in festen Händen bleiben, und gleichen Cours behalten. Bei dem Gelde dagegen führt der natürliche und gesunde Zustand auf einen steten und raschen Umlauf, und es ist stets ein schlimmes Zeichen, wenn es von Einzelnen in größeren Massen aufbewahrt, oder gar vergraben und eingemauert wird.

(o) Gönner §. 56. Thöl § 54.

leichte und bequeme Gelegenheit zu einer zinstragenden Geldanlage darbieten.

Wenn wir diese drei Classen von Papieren auf den Inhaber mit den früher dargestellten, den Wechseln und Policen, vergleichen, so finden wir zunächst folgenden Unterschied. Die früheren waren Urkunden über vereinzelte Geschäfte (§ 63); die zuletzt angegebenen beziehen sich auf vervielfältigte Geschäfte, wodurch sie massenhaft zu wirken geeignet werden. Und diese Bemerkung führt weiter dahin, in denselben eine besonders wichtige Eigenschaft anzuerkennen.

Diese Papiere nämlich sind wahre Quantitäten (p), also Sachen, die gar keinen individuellen Werth haben, so daß z. B. eine Staatsobligation völlig denselben Werth hat, wie irgend eine andere von gleicher Art und gleichem Geldbetrag. Darin stehen diese Papiere völlig auf gleicher Linie mit dem Gelde, von welchem sie so eben durch ihre Bestimmung unterschieden werden mußten. — Quantitäten nun sind meist individuell unerkennbar; Dieses aber läßt sich von den Staatsobligationen u. s. w. keinesweges behaupten. Vielmehr wird jedem einzelnen Stück eine individuelle Bezeichnung durch Zahlen, zuweilen noch verbunden mit Buchstaben, gegeben, von deren wichtigem Gebrauch

(p) Ueber den Begriff der Quantitäten, oder der s. g. fungiblen Sachen, s. o. B. 1 § 39, und: System B. 6. § 268 S. 122. 123.

noch ferner die Rede seyn wird. Auf den ersten Blick möchte man geneigt seyn, hierin das Papiergeld mit den Staatsobligationen auf gleiche Linie zu stellen, indem auch auf den einzelnen Stücken des Papiergeldes solche Bezeichnungen gefunden werden (q). In der That aber verhält es sich damit anders. Das Papiergeld geht so oft und schnell aus einer Hand in die andere, daß es für den vorübergehenden Besitzer weder möglich, noch von irgend einem Nutzen seyn würde, jene Bezeichnungen zu bemerken (Note n), ja daß davon die meisten Besitzer gar Nichts gewahr werden. Sie beziehen sich daher auch gar nicht auf die Sicherung und den Vortheil der Besitzer, sondern auf das Verfahren bei der Anfertigung, und zugleich auf die Controle, die im Fall der betrüglichen Nachahmung des Papiergeldes eintreten kann.

Die eben angegebenen drei Classen der Papiere auf den Inhaber kommen mit den oben (§ 63) dargestellten, den Wechseln und Policen, darin überein, daß bei ihnen allen die oben erwähnten Schwierigkeiten der Römischen Cession gleichmäßig hinwegfallen. Jede Uebertragung gilt, wie bei dem Eigenthum, als vollständige Veräußerung, und das Zurückgehen auf die Rechte oder die Verpflichtungen des ursprünglichen Glaubigers, oder eines in der Mitte stehenden Cessionars, ist völlig ausgeschlossen (§ 62. 63). — Auch darin kommen sie mit jenen früher dargestellten Fällen

(q) So z. B. auf den Preußischen Kassen-Anweisungen.

überein, daß bei ihnen die für andere Obligationen wichtigste Frage, das Verhältniß des Glaubigers zum Schuldner, in den Hintergrund tritt, obwohl hier aus einem anderen Grunde, als bei den früher erwähnten. Hier nämlich wird dieses Verhältniß nicht durch die allgemeinen Regeln des Obligationenrechts bestimmt, sondern durch die besonderen Bedingungen, die bei der Einführung solcher Papiere aufgestellt werden. Bei den Staatsobligationen kann von einer Kündigung des Kapitals von Seiten des Glaubigers eben so wenig die Rede seyn, als von einer gerichtlichen Klage auf das Kapital oder die Zinsen; vielmehr wird hier Alles auf dem Wege der Verwaltung abgethan. Die Zinsen werden durch bestimmte öffentliche Kassen bezahlt, und das Kapital wird nach und nach dadurch getilgt, daß die Obligationen entweder verloost und nach dem Nennwerthe bezahlt, oder durch Ankauf an der Börse eingezogen, und dann in beiden Fällen vernichtet werden. Der Glaubiger kann das Kapital durch Verkauf an der Börse einzuzuziehen suchen; dem Staate gegenüber hat er keinen anderen Schutz, als die Gerechtigkeitsliebe der Regierung, und etwa die Rücksicht derselben auf den eigenen Vortheil, indem die Verletzung der übernommenen Verbindlichkeit den Credit gefährdet. Aehnliche Bewandniß hat es auch mit den Pfandbriefen und den Prioritäts-Aktien, wie Dieses theilweise schon oben bemerkt worden ist.

Dagegen treten bei diesen Papieren in den Vorder-

grund genau dieselben Fragen, welche oben (r) bei den auf den Inhaber gestellten Wechseln und Policen aufgeworfen worden sind. Zunächst die allgemeine Frage:

> Wer ist der Inhaber? Was ist unter diesem Namen zu verstehen?

An deren Beantwortung werden sich dann die unmittelbar praktischen Fragen anschließen, welche die Uebertragung, die Vindication, und die Amortisation solcher Papiere zum Gegenstand haben.

§. 65.

I. Vertrag. B. Personen. Papiere auf den Inhaber (Fortsetzung).

Ich habe es bis dahin versucht, einzelne Classen von Papieren auf den Inhaber, in nicht großer Anzahl, anzugeben (§ 63. 64), und dafür die maaßgebenden juristischen Gesichtspunkte aufzustellen. Diese Aufzählung ist aber keinesweges so gemeint, als ob den angegebenen Fällen ein ausschließendes Daseyn zugeschrieben werden sollte. Es mag seyn, daß, selbst in Deutschen Ländern, noch manche andere Fälle von ähnlicher Natur und gleichberechtigtem Daseyn aufzufinden sind, welche dann auf die Analogie der hier abgehandelten Fälle ohne Schwierigkeit zurückzuführen seyn werden.

(r) Am Schluß des § 63.

Eine ganz andere Frage aber, zu deren Beantwortung ich mich jetzt wende, geht dahin, ob es der bloßen Privatwillkür frei steht, solche Papiere auf den Inhaber neu zu erfinden und in Umlauf zu setzen, und welche rechtliche Folgen an einen solchen Versuch zu knüpfen sind.

Ohne noch auf die Frage selbst einzugehen, werden wir uns leicht überzeugen können, daß solche Versuche sich nicht anschließen werden an die zuerst dargestellten Papiere über vereinzelte Rechtsgeschäfte, wie die Wechsel und Policen (§ 63), deren ganz beschränkte Zwecke zu einer willkürlichen und dadurch gefährlichen Ausdehnung keine Gelegenheit darbieten. Sie werden sich vielmehr anschließen an diejenigen Papiere, die, wie die Staatsobligationen, massenhaft, als reine Quantitäten, erscheinen (§ 64). Solche Versuche werden also darin bestehen, daß eine einzelne Person, oder eine Gesellschaft von Einzelnen, Schuldscheine auf den Inhaber ausstellt in großer, vielleicht ganz unbestimmter Zahl, aus eigener Willkür, um dadurch große Geldsummen zusammen zu bringen, und daß auf der anderen Seite Personen sich finden, welche baares Geld für solche Schuldscheine einzahlen. Sind nun solche Rechtsgeschäfte gültig?

Viele Schriftsteller erklären sie für gültig (a), Andere für ungültig (b). Nach den oben aufgestellten allgemeinen

(a) Phillips Deutsches Recht 3te Ausg. § 73, Dunker S. 50—52, Mittermaier § 274 Note 1 und 2.

(b) Gönner § 58, Mühlenbruch Cession 3te Ausg. S. 458, Souchay I. S. 154, Stahl, s. o. §. 61.c.

Ansichten (§ 61. 62) muß ich, vom Standpunkt unseres gemeinen Rechts aus, dieser letzten Meinung beitreten, weil die Beziehung auf unbestimmte Personen außer der Natur und dem Zweck der Obligationen liegt. Dieser allgemeine Grund aber darf uns nicht abhalten, in eine genauere Prüfung der besonderen Anwendung einzugehen, in welcher hier die allgemeine Frage erscheint.

Man hat wohl den Versuch gemacht, das Römische Recht in die Untersuchung herein zu ziehen (c); und obwohl die Römer sicherlich keine Papiere auf den Inhaber gekannt haben, so wäre es doch denkbar, daß irgend ein Grundsatz des Römischen Rechts auf das vorliegende Institut anwendbar wäre. Allein die Grundsätze von der Stellvertretung oder von der für dritte Personen zu erwerbenden Obligation (§ 56—59) können hier nur auf willkürliche und gezwungene Weise angewendet werden, da diese Grundsätze von den Römern selbst stets auf bestimmte Personen bezogen werden. Hier dagegen ist die Rede von der den Römern unbekannten Beziehung der Obligation auf unbestimmte Glaubiger, so wie von einer Umänderung der Römischen Grundsätze über die Cession (§ 62).

Ferner ist wohl an ein allgemeines Deutsches Gewohnheitsrecht gedacht worden, wodurch solche Papiere als gültig anerkannt würden. Dieser Annahme widerspricht schon die angeführte große Meinungsverschiedenheit der

(c) Vgl. Dunker S. 41, Mittermaier §. 274 Note 2.

Schriftsteller. Auch müßte dabei vorausgesetzt werden, daß Papiere solcher Art, durch bloße Privatwillkür, allgemein in Umlauf gesetzt und als gültig anerkannt worden wären; Dieses aber ist von keiner Seite auch nur behauptet worden.

Es muß zugegeben werden, daß der bloße Mangel der Anerkennung in den Quellen unseres gemeinen Rechts kein unbedingtes Hinderniß der Rechtsgültigkeit jenes Rechtsinstituts seyn würde. Wäre dazu ein wahres Bedürfniß vorhanden, und ständen keine Bedenken entgegen, so würde es sich von selbst, und auch ohne Gesetz, Bahn gebrochen haben, so wie es mit den Wechselbriefen geschehen ist, die gewiß dem Römischen Recht fremd sind. Es würde dann auch an der Anerkennung und Ausbildung durch Gesetze nicht gefehlt haben, wie wir Dieses gleichfalls in den zahlreichen Wechselgesetzen der verschiedensten Staaten wahrnehmen. Endlich, wenn auch dieses Alles nicht ausreichen sollte, würden wir wenigstens den Gesetzgebern anrathen müssen, das Institut anzuerkennen und auszubilden. Allein es verhält sich damit ganz anders, und es stehen dem Freigeben solcher Papiere an die bloße Willkür von Privatpersonen die wichtigsten Bedenken entgegen.

Der Schuldner, welcher Schuldscheine auf den Inhaber in Umlauf setzt, kann dabei verschiedene Zwecke haben. Große Grundherren können sich in ähnlicher Lage befinden, wie der Staat bei der Ausstellung der Staatsobligationen. Sie können verzinsliche Schuldscheine auf den Inhaber,

mit Verpfändung ihrer Güter, ausstellen, um dadurch leichter und wohlfeiler eine große Summe, deren sie gerade bedürfen, zusammen zu bringen, und damit ältere, lästige Schulden abzutragen. Dieses Verfahren kann vielleicht ganz unbedenklich seyn; ob es aber dieses günstige Urtheil verdient, läßt sich doch nur nach genauer Prüfung jedes einzelnen Falles beurtheilen. Denn dasselbe Verfahren kann auch leicht mißbraucht werden, um ein Schwindelgeschäft zu verstecken, wodurch die Erwerber jener Schuldscheine getäuscht werden und in Verlust kommen können. Diese Gefahr ist die natürliche Folge der für die Einzelnen unübersehbaren Unbestimmtheit des Geschäfts, welches eben dadurch, wenn eine obrigkeitliche Genehmigung und Aufsicht fehlt, höchst bedenklich wird.

Es kann aber ein solches Geschäft auch zu dem ganz anderen Zweck unternommen werden, um mit dem zusammengebrachten Gelde zu speculiren, und also Gewinn daraus zu ziehen; entweder indem die Schuldscheine auf geringe Zinsen gestellt werden, oder auch, indem sie gar keine Zinsen tragen, und dennoch in Umlauf kommen, weil etwa an einem solchen Orte schwunghafte Handelsgeschäfte vorkommen, zu welchen das gerade umlaufende Geld nicht ausreicht (d). In diesem Fall tritt dasselbe Bedenken ein, wie

(d) Zu diesem Zweck können auch Wechsel auf den Inhaber in größerer Zahl ausgestellt werden, welches dann nur eine andere Form für die Schuldscheine ist. Die Wechsel kommen in diesem Fall nicht als Wechsel in Betracht, sondern als Urkunden überverviel-

in dem ersten Fall, indem der vielleicht große Credit des Handelshauses, oder der Gesellschaft, von welchen die Papiere ausgehen, auf bloßer Täuschung beruhen kann. Es tritt aber hier ein zweites, oft noch wichtigeres, Bedenken hinzu. Durch solche, von Privatpersonen, ausgehende Papiere kann das Geldwesen des Staats empfindliche Störungen erleiden, und insbesondere kann dem Staat der Vortheil vermindert werden, auf welchen er durch das Papiergeld (so weit dazu wahres Bedürfniß vorhanden ist) ausschließenden Anspruch hat. Denn obgleich jene Papiere in der That nicht Geld sind, so können sie doch auf den Geldmarkt in ganz ähnlicher Weise einwirken, wie das wahre Geld.

Aus diesen Gründen kann es durchaus nicht für räthlich gehalten werden, die Ausstellung von Papieren auf den Inhaber der Willkür der Privatpersonen frei zu geben. Finden sich einzelne Fälle, die unbedenklich zugelassen werden können, so mag es unter obrigkeitlicher Genehmigung und Aufsicht geschehen.

Gesetzt nun, es werden dennoch Papiere auf den Inhaber ausgestellt, welche wir aus den angegebenen Gründen für ungültig halten, so fragt es sich, welches die Bedeutung und Folge dieser Ungültigkeit ist.

Aus der ungültigen Urkunde als solcher kann nicht geklagt werden. So z. B. gilt keine Wechselklage aus einem

fältigte Geschäfte, als Quantitäten, und sie unterliegen dann allen den Bedenken, die im Texte gegen die bloßen Schuldscheine zu solchen Zwecken aufgestellt worden sind.

auf den Inhaber gestellten Wechsel, da wo das Gesetz solche Wechsel nicht anerkennt (e).

Damit ist aber nicht gesagt, daß nun der Aussteller, der für das Papier Geld empfangen hat, dieses Geld behalten, und den Inhaber darum betrügen dürfe. Vielmehr ist das ganze Geschäft in seine natürlichen Elemente zu zerlegen, neben welchen die Urkunde keine formelle Wirksamkeit hat, sondern nur noch als Beweismittel benutzt werden kann. Das Geschäft ist also zu betrachten als ein ursprüngliches Darlehen mit mehr oder weniger Cessionen, die in der Mitte liegen, und deren oben dargestellte Schwierigkeiten (§ 62) in voller Kraft eintreten. Der Schuldner kann die dem ersten Glaubiger entgegenstehenden Einreden benutzen, insbesondere die der Compensation, und die exceptio non numeratae pecuniae. Auch die lex Anastasiana ist nicht ausgeschlossen, wenn etwa einer der Cessionare die Forderung unter dem Nennwerth gekauft haben sollte.

Die hier aufgestellten Ansichten erhalten eine merkwürdige Bestätigung durch das Preußische Gesetz von 1833 (f).

(e) Allg. Deutsche Wechselordnung Art. 7, verglichen mit Art. 4 Num. 3.

(f) Gesetz vom 17. Juni 1833, G. S. 1833 S. 75. — Das Allg. Landrecht I. 11 § 793 setzt voraus, daß es Papiere auf den Inhaber gebe, aber ohne zu sagen, wer solche ausstellen dürfe. — Im Jahre 1850 hat sich in Berlin ein Privatverein, unter dem Namen: Kassenverein gebildet, welcher Bank-

Nach diesem Gesetz sollen künftig, bei Strafe, keine Papiere an den Inhaber anders ausgestellt werden dürfen, als wenn darüber eine landesherrliche Genehmigung in Form eines Gesetzes ertheilt worden ist. Allerdings wird im § 4 hinzugefügt, daß die bisher ohne Genehmigung ausgegebenen Papiere solcher Art von dem Inhaber gegen den Aussteller eingeklagt werden können. Es würde aber unrichtig seyn, Dieses so aufzufassen, als wären solche Papiere an sich rechtsgültig und wirksam, so daß ihnen erst durch das gegenwärtige, rein positive, Gesetz ihre Wirksamkeit entzogen worden wäre. Vielmehr gründet sich diese Vorschrift nur darauf, daß der Aussteller keinen ungerechten Vortheil aus dem Geschäft ziehen solle, und daß die bisherige Gesetzgebung dieses Geschäft nicht erwähnt, also dessen Wirksamkeit zweifelhaft gelassen hatte. Denn auch für die künftigen (verbotenen, und unter Strafe gestellten) Unternehmungen solcher Art verordnet der § 5, daß der Aussteller von Amtswegen angehalten werden solle, die Einlösung und Vernichtung der ausgegebenen Papiere zu bewirken; augenscheinlich deswegen, damit nicht Derjenige, der es am wenigsten verdient, einen unrechtmäßigen Gewinn aus dem Unternehmen ziehe.

Das Oesterreichische Gesetzbuch setzt, eben so wie das Preußische Landrecht (Note *f*), das Daseyn von Papieren

noten auf den Inhaber bis zur Höhe von Einer Million Thaler ausgestellt hat. Dieser Verein aber hatte unter'm 15. April 1850 die landesherrliche Genehmigung erhalten (Gesetzsammlung 1850 S. 301).

auf den Inhaber voraus, ohne zu sagen, wer zur Ausstellung derselben befugt sey (g). Dagegen verordnet eine andere Stelle (h), daß in jedem Schuldschein über ein Darlehen „der eigentliche Darleiher oder Glaubiger redlich und deutlich bestimmt werden müsse", wenn der Schuldschein einen vollständigen Beweis machen solle. Dadurch scheint ein Schuldschein auf den Inhaber unter Privatpersonen ausgeschlossen zu werden. — Seit längerer Zeit war es in den Oesterreichischen Staaten üblich, daß große Grundherren Schuldscheine auf den Inhaber ausstellten, deren Betrag, nach amtlichen Ermittelungen, vor Fünf Jahren die Summe von Zehn Millionen Gulden überstieg. Die Oesterreichischen Gerichte hielten sie für gültig, die höchsten Landesbehörden bezweifelten die Gültigkeit. Endlich erschien unter'm 24. December 1847 ein Circular der Landesregierung im Erzherzogthum Oesterreich unter der Enns, gegründet auf eine Allerhöchste Entschließung vom 19. Juni 1847 (also mit Gesetzeskraft versehen), worin folgende Vorschrift enthalten ist: „Zweitens. Alle Partial-Obligationen dieser Art müssen auf bestimmte Namen lauten, und die Ausfertigung derselben auf Ueberbringer ist fortan untersagt." Darin liegt wohl eine indirecte Anerkennung der damals im Umlauf befindlichen Obligationen, übereinstimmend mit der Ansicht der Gerichte. Es ist aber nicht gesagt, welche Folgen eintreten sollen, wenn künftig solche

(g) Gesetzbuch § 371. 1393. (h) Gesetzbuch § 1001.

Obligationen, gegen das Gesetz, ausgestellt werden sollten, so wie das Preußische Gesetz von 1833 diese Folgen bestimmt hat. Das aber ist von selbst einleuchtend, daß die Absicht nicht dahin gehen kann, den Aussteller von aller Verpflichtung zu befreien, daß vielmehr die Zerlegung des Geschäfts in seine natürlichen Elemente von den Besitzern der Papiere mindestens geltend gemacht werden kann.

§. 66.

I. Vertrag. B. Personen. Papiere auf den Inhaber (Fortsetzung).

Das Wesen der Papiere auf den Inhaber wurde oben darin gesetzt, daß das Recht des Glaubigers gebunden seyn solle nicht (wie bei anderen Obligationen) an eine bestimmte Person, sondern an ein gewisses Verhältniß irgend einer Person zu dem Papier, der Urkunde (a). Welches ist nun dieses Verhältniß? Wen haben wir als den wahren Inhaber im juristischen Sinn, als den eigentlichen Glaubiger, anzusehen?

Diese, sehr wichtige und sehr bestrittene, Frage bezieht sich gleichmäßig auf die vereinzelten Papiere solcher

(a) Vgl. oben § 62. b. — Unter dem Papier, oder der Urkunde, wird hier sowohl der Schuldschein über das Kapital, als jeder einzelne Zins-Coupon oder Dividenden-Schein verstanden. Die folgende Untersuchung umfaßt alle diese Fälle gleichmäßig. — Die Anknüpfung des Forderungsrechts an das Verhältniß der Person zum Papier ist oben, am Schluß des § 62, als die Verkörperung der Obligation bezeichnet worden.

Art (Wechsel und Policen), wie auf die vervielfältigten (Staatsobligationen u. s. w.) (b). Ja sie bezieht sich zugleich auf die Stamm-Aktien der industriellen Unternehmungen (§ 64), die an sich gar nicht in das Gebiet der Obligationen fallen, bei welchen aber die Person des wahren Inhabers (des Berechtigten) denselben Zweifeln unterliegt, und genau auf dieselbe Weise aufgefaßt werden muß, wie bei unseren hier vorliegenden obligatorischen Papieren.

Die Antworten unserer Schriftsteller auf diese Frage sind theils schwankend und unbestimmt, theils entschieden unrichtig (c). Ich will damit anfangen, die Extreme der möglichen Meinungen anzugeben, zwischen welchen mancherlei Vermittelungen aufgesucht werden können.

Die eine dieser Meinungen geht dahin, daß der Eigenthümer des Papiers der wahre Glaubiger sey, woraus sogleich folgt, daß jede Ausübung des Rechts bedingt sey durch den Beweis des erworbenen Eigenthums. — Die relative Wahrheit dieser Meinung wird begründet durch den

(b) Vgl. § 63. 64. — Indessen ist diese Frage bei Wechseln, welche auf den Inhaber gestellt oder indossirt sind, deswegen weniger erheblich, weil es in der Macht jedes Inhabers steht, durch Einschiebung eines Indossaments auf eine bestimmte Person, die Natur des Wechsels umzuändern. Allg. deutsche Wechselordnung Art. 13. 36.

(c) Manche haben gesagt: das Papier ist die Obligation (Mittermaier § 274 Note 7). Mit diesem figürlichen Ausdruck ist aber gar Nichts gewonnen. Die Obligation kann nur das Recht einer Person seyn, und jener Ausdruck kann also nur hindeuten auf die Verknüpfung des Rechts mit irgend einem Verhältniß der Person zu dem Papier. Auf die genauere Bestimmung dieses Verhältnisses kommt eben Alles an.

wirklichen Hergang bei dem ersten Erwerbe eines solchen Papiers. Wenn Jemand an der öffentlichen Kasse erscheint, eine Geldsumme einzahlt, und dagegen eine neu ausgestellte Staatsobligation mit ihren Coupons empfängt, so wird er unzweifelhaft Eigenthümer dieser Papiere. Eben so unzweifelhaft ist es, daß dieses Eigenthum von ihm durch Tradition auf einen Anderen, von diesem auf einen Dritten u. s. w. übertragen wird. Der regelmäßige Gang des Geschäfts, auf welchen auch gewiß bei der ersten Einrichtung gerechnet ist, führt also dahin, daß stets der wahre Eigenthümer die Rechte des Glaubigers ausüben wird. Allerdings kann dieser regelmäßige Hergang dadurch unterbrochen werden, daß der Eigenthümer das Papier verliert, welches von einem Anderen gefunden und benutzt wird, oder daß es durch Diebstahl in unrechte Hände kommt. Aber gewiß wird Niemand behaupten wollen, daß auf diese zufälligen Ereignisse in der Weise gerechnet sey, daß ein solcher unrechtmäßiger Besitzer, dem Eigenthümer gleich, als wahrer Glaubiger gelten solle. — Allein wenn man die Sache praktisch betrachtet, so zeigt sich die Ausführung sogleich als völlig unmöglich. Man denke sich, daß bei einer öffentlichen Kasse an dem Verfalltage viele Tausende von Coupons zur Auszahlung eingereicht werden, so wird es wohl als undenkbar anerkannt werden, daß für jeden Coupon ein Beweis des Eigenthums geführt würde, selbst wenn es mit der Beweisführung auch noch so leicht genommen werden sollte.

Die völlig entgegengesetzte Meinung geht dahin, daß der thatsächliche Besitz (die Detention) das Recht des Glaubigers begründe, ohne irgend eine Rücksicht auf die rechtlichen Eigenschaften dieses Besitzes (d). — Hier ist nun gerade umgekehrt die leichte Ausführbarkeit einleuchtend, dagegen ist von rechtlicher Seite diese Meinung sehr bedenklich. Denn wenn sie consequent durchgeführt wird, so müßte der Kassenbeamte, vor dessen Augen ein Coupon gestohlen würde, dem Diebe das Geld auszahlen, da Derselbe in diesem Augenblick der thatsächliche Besitzer, folglich der wahre Glaubiger, wäre.

Worin liegt nun die wahre Vermittelung dieses Gegensatzes?

Man könnte versuchen, die Natur jeder Classe solcher Papiere besonders zu prüfen, und dabei die verschiedenen Ausdrücke zu berücksichtigen, die in denselben wahrgenommen werden. Allein ein solcher Versuch würde völlig verwerflich seyn, da alle diese Papiere eine gleiche Natur haben, und auch die Verschiedenheit der urkundlichen Ausdrücke ist ganz unerheblich. In den Urkunden über das Kapital wird gewöhnlich die Person des Glaubigers gar nicht bezeichnet, da Dieser regelmäßig das Kapital nicht einzufordern hat, also von ihm keine Thätigkeit in Beziehung auf

(d) Mit besonderer Schärfe wird diese Meinung von folgenden Schriftstellern vertheidigt. Gönner S. 193. 232. 241. Souchay I. S. 147—149. II. S. 44. 45.

die Urkunde erwartet wird (e). Die Coupons oder Dividendenscheine, die periodisch von dem Glaubiger eincassirt werden, wobei also Dieser persönlich thätig ist, bezeichnen Denselben als Inhaber, oder Ueberbringer, oder Einlieferer, oder porteur, oder holder (f). Es würde aber ganz irrig seyn, unter jedem dieser Ausdrücke eine andere Bedeutung zu suchen. Dagegen ist es einleuchtend, daß alle diese Ausdrücke auf ein thatsächliches, nichtjuristisches, Verhältniß hindeuten, sich also der zweiten unter den oben dargestellten Meinungen zuneigen. Die Erklärung dieses bemerkenswerthen Umstandes wird sogleich versucht werden.

Da nun die Ausdrücke der Urkunden keine Auskunft geben, so müssen wir die Vermittelung des oben erwähnten Gegensatzes aus der Natur der vorliegenden Rechtsverhältnisse zu erkennen suchen, welches nur dadurch möglich ist, daß wir die dabei vorkommenden, überall gleichen, Interessen der betheiligten Personen erwägen.

Der Glaubiger hat zwei verschiedene Interessen, die in einer Art von Widerspruch mit einander stehen, und also

(e) Vgl. §. 64. — Sowohl die Preußischen, als die Oesterreichischen Schuldbriefe heißen nur: Schuldschein über . . ., oder: Schuldverschreibung über . . ., ohne Erwähnung der Person des Glaubigers.

(f) Bei den Coupons der Preußischen Staatsschuldscheine und Eisenbahnen ist der Ausdruck: Inhaber üblich, bei den Banknoten des Berliner Kassenvereins: Einlieferer, bei den Oesterreichischen Metalliques: Ueberbringer, bei den Russisch-Polnischen Obligationen: porteur, bei den Russisch-Englischen: holder.

eben dahin führen, in der Behandlung des Rechtsverhältnisses jedes Extrem zu vermeiden, und einen ausführbaren Mittelweg zu suchen. Er hat erstlich das Interesse, seine Forderung leicht und sicher veräußern zu können, und dabei die mit der Cession verbundenen Schwierigkeiten (§ 62) zu vermeiden. Zweitens aber hat er auch das ganz andere Interesse, Schutz zu finden für die Fälle, wenn er das Papier verliert, wenn es gestohlen oder zerstört wird, also gegen den Schaden, der ihm durch den unfreiwilligen Verlust des Besitzes entstehen kann.

Der Schuldner hat das Interesse, bei der regelmäßigen Erfüllung seiner Verpflichtungen keiner besonderen Belästigung (wie durch den erforderlichen Beweis des Eigenthums) ausgesetzt zu werden, ganz besonders aber das Interesse, die übernommenen Zahlungen mit voller Sicherheit leisten zu können, und nicht durch eine Nachforderung von Seiten anderer Personen gefährdet zu werden.

Die Ausgleichung dieser verschiedenen Interessen liegt nun in folgender Behandlung des ganzen Geschäfts. Als wahrer Glaubiger ist allerdings der Eigenthümer des Papiers zu betrachten. Allein mit dem thatsächlichen Besitz ist stets die Vermuthung des Eigenthums verbunden. Diese Vermuthung des Eigenthums hat eine doppelte Bedeutung.

Von Seiten des Besitzers ist die Bedeutung die, daß er alle Rechte des Eigenthümers ausüben kann, so lange nicht ein Einspruch erfolgt, der dann zu einem Rechtsstreit,

und zum Beweise des besseren Rechts eines Anderen führen kann, wovon bald ausführlich die Rede seyn wird. Für das praktische Bedürfniß ist auch diese Stellung des Besitzers völlig ausreichend, da die eben erwähnten Fälle eines unfreiwilligen Verlustes des Besitzes vergleichungsweise zu den seltenen Ausnahmen gehören.

Von Seiten des Schuldners ist die Bedeutung jener Vermuthung die, daß er das unbedingte Recht hat, jedem thatsächlichen Besitzer zu zahlen, so daß er durch diese Zahlung schlechthin frei wird, und niemals von einem Anderen, der ein besseres Recht zu haben behauptet, in Anspruch genommen werden kann. Dieses ist der allgemein bekannte Vorbehalt des Schuldners, und eben weil er allgemein bekannt ist, geschieht dadurch keinem Betheiligten ein Unrecht, indem sich Jeder, der in solche Geschäfte eingeht, dieser Gefahr frei unterwirft. Auf dieses unbedingte Recht eben beziehen sich die oben (Note f) angegebenen Ausdrücke: Inhaber, Ueberbringer u. s. w., die absichtlich gewählt sind, um ein rein thatsächliches Verhältniß, frei von allen juristischen Bedingungen, zu bezeichnen. — Damit aber, daß der Schuldner dieses unbedingte Recht hat, ist nicht gesagt, daß er es unter allen Umständen rücksichtslos ausüben muß. In der That geschieht Dieses auch in zweifelhaften Fällen nicht. Wenn daher vor der Auszahlung Derjenige, der einen unfreiwilligen Verlust des Besitzes behauptet, diese Behauptung dem Schuldner anzeigt, so wird vorläufig die Auszahlung an den Besitzer verweigert, und es wird da-

durch die Möglichkeit vorbereitet, durch einen Rechtsstreit das wirkliche Eigenthum (im Gegensatz des blos vermutheten) zur Anerkennung zu bringen.

§. 67.

I. Vertrag. B. Personen. Papiere auf den Inhaber (Fortsetzung). [Uebertragung. Vindication.]

Die im vorhergehenden Paragraphen beantwortete Frage hat eine mehr theoretische Natur. Es knüpfen sich daran aber einige wichtige rein praktische Fragen, welche sich auf die Behandlung der Papiere auf den Inhaber im wirklichen Verkehr beziehen. Dahin gehören folgende Fälle, die bei solchen Papieren vorkommen: I. Uebertragung, II. Vindication, III. Amortisation.

I. Uebertragung der Papiere auf den Inhaber.

Davon ist schon im Laufe dieser Untersuchung gesprochen worden, so daß an dieser Stelle nur noch eine zusammenhängende Erinnerung an die schon einzeln vorgetragenen Sätze nöthig seyn kann.

Die Uebertragung des Rechts geschieht durch die Uebergabe der Urkunde, also ganz nach der Weise, wie das Eigenthum übertragen wird. Die Form einer Cession ist nicht

erforderlich (a), ja nicht einmal möglich, weil aus der Urkunde die Person eines bisher Berechtigten, welcher cediren könnte, nicht ersichtlich ist. Daher fallen denn auch die Schwierigkeiten der Cession hinweg, insbesondere die Einwendungen, die bei der Cession aus der Person eines früheren Berechtigten hergeleitet werden können (§ 62. 63. 64).

Die eben aufgestellte Regel ist auch ganz unabhängig von der Streitfrage über die Person des wahren Berechtigten (§ 66). Denn wer die Berechtigung, so wie es hier geschehen ist, an das Eigenthum der Urkunde knüpft, muß die Uebergabe für die wahre Form der Uebertragung des Rechts halten. Eben so muß aber auch Der, welcher nicht den Eigenthümer, sondern den thatsächlichen Besitzer, für den wahrhaft Berechtigten hält, dieselbe Regel annehmen, weil auch der Besitz an sich, unabhängig von dem Eigenthum, dem Anderen durch die Uebergabe verschafft wird.

II. Vindication der Papiere auf den Inhaber.

Wir betrachten diese zuerst rein vom Standpunkte des Römischen Rechts aus. Hier kann es keinen Zweifel haben, daß die Vindication eines solchen Papiers, so wie jeder anderen Sache, dem wahren Eigenthümer gegen jeden Besitzer unbedingt zusteht, auch gegen den redlichen Besitzer,

(a) Wird ausdrücklich anerkannt im Allgem. Landrecht I. 11 § 401. Ebenso im Oesterreichischen Gesetzbuch § 1393.

und ohne Diesem das etwa ausgelegte Kaufgeld zu ersetzen (b).

Diese Regel ist auch ganz unabhängig von der Streitfrage über die Person des wahren Berechtigten oder Glaubigers (§ 66). Denn auch Die, welche die Berechtigung gegen den Schuldner an den thatsächlichen Besitz, nicht an das Eigenthum der Urkunde, anknüpfen, wollen damit nicht die Möglichkeit dieses Eigenthums, so wie die gewöhnlichen Folgen desselben, verneinen; sie behaupten nur, daß das Eigenthum an dem Papier für die Stellung des wahren Inhabers, also für die Berechtigung gegen den Schuldner, gleichgültig sey.

Die hier aufgestellte Behauptung hat denn auch mehrere Vertheidiger gefunden (c).

Dagegen haben die meisten Schriftsteller die Anwendung der Vindication auf jene Papiere, der Regel nach, verneint; sie haben sie nur als Ausnahme zugelassen für den Fall, wenn der Beklagte ein unredlicher Besitzer ist, wohin auch namentlich der Depositar gerechnet wird, der die Rückgabe der ihm anvertrauten Papiere verweigert (d). — Wir wollen diese Ausnahme am Schluß der Untersuchung noch besonders erwägen, zunächst aber die als Regel

(b) *L.* 23 *C. de rei vind.* (3. 32), *L.* 2 *C. de furtis* (6. 2).

(c) Phillips Deutsches Recht § 73 der 3. Ausg., Mittermaier §. 74 Num. III., Kind quaest. for. T. 3 C. 26.

(d) Mühlenbruch Cession S. 460. 461, Eichhorn Deutsches Recht § 191. d., Gönner §. 70, Bender §. 67, Souchay I. S. 149—155, Dunker S. 49, Thöl. § 55.

angenommene Ausschließung der Vindication einer Prüfung unterwerfen.

Die Ausschließung der Vindication wird auf folgenden Grund gestützt. Der freie und leichte Verkehr mit diesen Papieren soll das überwiegende Interesse aller Betheiligten seyn. Daher sey bei der Ausgabe und der Erwerbung derselben stets die stillschweigende Uebereinkunft aller Theile anzunehmen, daß keine strenge Vindication gelten solle.

Diese Voraussetzung ist zunächst sehr willkürlich und gewagt. Wenn man die einzelnen Glaubiger um ihre Meinung befragen wollte, so würde sich bald das oben (§ 66) angegebene entgegengesetzte Interesse herausstellen, und es ist sehr zweifelhaft, ob die Mehrzahl die Gefahr, durch unvorsichtigen Ankauf, einer Vindication zu unterliegen, höher anschlagen würde, als die Gefahr, durch Diebstahl den Besitz zu verlieren, und dann die Vindication gegen den dritten Besitzer zu entbehren. Oft wird es leichter seyn, durch Vorsicht bei dem Ankauf jeden Schaden abzuwenden, als dem Verlust durch Diebstahl oder Raub vorzubeugen.

Es kommt aber hinzu, daß selbst ein ausdrücklicher Verzicht auf die Vindication (der doch bei der Abfassung jener Papiere so leicht anzubringen wäre) mit den Regeln des Römischen Rechts über das Eigenthum im Widerspruch stehen würde. Das Eigenthum kann durch gewisse anerkannte jura in re, wie die Servituten, modificirt werden; eine Modification des Eigenthums durch bloße Privatwill-

für ist unmöglich, indem sie dem jus publicum widerspricht (e). Das heißt, eine solche Uebereinkunft kann nur eine obligatorische Wirkung haben unter den Contrahenten und ihren Rechtsnachfolgern, aber keine dingliche Wirkung gegen dritte Personen, wie es doch für die Ausschließung der Vindication erforderlich seyn würde.

Hieraus folgt, daß, selbst wenn die Voraussetzung der Gegner richtig und unzweifelhaft wäre (welches ich verneine), doch nach unserem gemeinen Recht die daraus gezogene Folgerung nicht behauptet werden könnte. Es würde dann höchstens als räthlich befunden werden können, die Vindication durch ein neues Gesetz auszuschließen.

Die einzige Zuflucht für die Meinung der Gegner würde etwa noch in der Annahme eines allgemeinen Gewohnheitsrechts bestehen, welches die Vindication ausschlösse; allein diese Annahme erscheint durch die oben angegebenen inneren Gründe höchst bedenklich, und wird auch schwerlich in übereinstimmenden Aussprüchen der Gerichte eine äußere Bestätigung finden.

Ich komme nun zurück auf die Ausnahme, wodurch die Gegner ihre Regel beschränken wollen, indem sie die Vindication gegen den unredlichen Besitzer zulassen. Auch diese Ausnahme muß ich als inconsequent, als eine halbe Maaßregel, verwerfen. Wäre die Regel der Gegner richtig, so würde es folgerecht sein, die Vindication unbedingt

(e) *L.* 17 *de R. J.* (50. 17), *L.* 61 *de pactis* (2. 14). — Vgl. System B. 1 § 16 S. 58.

auszuschließen, und den Eigenthümer der Papiere auf die persönliche Klage gegen den Dieb, den Depositar u. s. w. zu verweisen, welche ohnehin keinen Zweifel haben kann. — Als Grund für die Ausnahme wird die angeblich allgemeine Regel angeführt, daß Niemand durch seinen Dolus einen Vortheil erlangen dürfe. Allein dieser Satz ist nur allgemein wahr im Obligationenrecht, nicht im Sachenrecht, da der unredliche Käufer einer Sache das Eigenthum, ungeachtet seines Dolus, erwirbt, und auf einen neuen Käufer wirksam überträgt (f). — Der wahre Grund jener Ausnahme liegt in einer principlosen Billigkeit. Wenn das Papier bei dem Dieb oder dem Depositar gefunden wird, so soll dem Eigenthümer durch die Vindication sicher geholfen werden, anstatt daß er, bei der persönlichen Klage gegen den Dieb, in dessen Concurs vielleicht ganz oder theilweise ausfallen würde (g).

Aus den eben ausgeführten Gründen müssen wir uns überzeugen, daß, im Gebiete unseres gemeinen Rechts, die Vindication bei den Papieren auf den Inhaber angewendet werden muß, und zwar ganz in dem Sinne, welchen das Römische Recht mit der Vindication verbindet. Ihre Anwendung ist eben so ausgedehnt, wie die oben dargestellte Natur des wahren Inhabers oder Berechtigten bei jenen

(f) *L.* 10 *C. de resc. vend.* (4. 44). Noodt de forma emend. doli mali C. 15.

(g) Vgl. hierüber, bei Gelegenheit eines Sächsischen Gesetzes: Kind quaest. for. T. 3 C. 26. — Ferner: Phillips §. 73 Note 7.

Papieren. Sie umfaßt also gleichmäßig die Wechselbriefe, die Staatsobligationen nebst den ihnen gleichartigen Papieren, ja selbst die Stamm-Aktien der Eisenbahnen, obgleich diese gar nicht zu den obligatorischen Urkunden gehören (h).

An die Vindication knüpft sich zugleich die ganze Lehre von der Eviction an, so daß der beklagte Besitzer, der das vindicirte Papier herausgeben muß, von seinem Verkäufer Ersatz fordern kann, welche Forderung dann weiter aufwärts geht.

Die wichtigste und schwierigste Frage aber bei dieser Vindication betrifft die Begründung derselben, die hier einer genaueren Erwägung bedarf.

Zur Begründung jeder Vindication gehören zwei Stücke, deren jedes Gegenstand eines Streites und einer Beweisführung werden kann: erstlich die Identität des Gegenstandes, welchen der Kläger in Anspruch nimmt, mit dem, welchen der Beklagte besitzt: zweitens das Eigenthum des Klägers.

Um die Identität des Gegenstandes außer Zweifel zu setzen, wird vom Kläger eine genaue Bezeichnung desselben verlangt (i). In den meisten Vindicationen nun macht dieser Theil der Begründung so wenig Schwierigkeit, daß davon in dem Rechtsstreit wenig oder gar nicht die Rede ist.

(h) Vgl. oben § 66. b. — Ueber die Vindication und Amortisation der Wechsel vgl. unten § 69. h.

(i) *L.* 5 §. 5 *L.* 6 *de rei vind.* (6. 1).

Anders verhält es sich mit den Papieren auf den Inhaber, da die meisten und wichtigsten derselben, als Quantitäten (§ 64. p), leicht mit gleichartigen Stücken verwechselt werden können. — Diese Eigenschaft indessen kann zwar in manchen Fällen die Vindication etwas erschweren, ausschließen kann es sie gewiß nicht. Denn selbst das Geld, sowohl Metallgeld als Papiergeld, dessen einzelne Stücke an sich gar nicht unterschieden werden können, ist doch unzweifelhaft der Vindication unterworfen (k). Diese Vindication der Geldstücke wird in unsern Rechtsquellen an die Bedingung geknüpft „si exstant“, welcher Ausdruck sich darauf bezieht, daß bei Geldstücken, als einzeln unerkennbaren Quantitäten, das Ausgeben, und eben so die Vermischung mit anderen Stücken, juristisch als Untergang der einzelnen Stücke betrachtet wird (l). Ihre einzelne Erhaltung und Erkennbarkeit kann nun dadurch vermittelt werden, daß der Besitzer sie in eine feste Verbindung mit solchen Sachen bringt, welche eine andere Natur haben, also indem er das Geld in versiegelte oder verschlossene und bezeichnete Behältnisse bringt, etwa in Kisten, Säcke, Mappen u. s. w. — Genau dieselbe Vorrichtung ist auch anwendbar bei den Papieren auf den Inhaber, und, so lange jene Verbindung dauert (die freilich der Besitzer augenblicklich

(k) *L.* 11. § 2, *L.* 14, *L.* 31 § 1 *de reb. cred.* (12. 1), *L.* 67 *de j. dot.* (23. 3), *L.* 78 *de solut.* (46. 3), *L.* 24 § 2 *de reb. auct. jud.* (42. 5), *L.* 8 *C. depos.* (4. 34), §. 2 *J. quib. al.* (2. 8). Ganz eben so gilt auch die Ersitzung der Geldstücke. *L.* 67 *de j. dot.* (23. 3).

(l) § 2 *J. de usufr.* (2. 4).

zerstören kann), hat dann der Beweis der Identität keine Schwierigkeit. — Allein bei den Papieren ist die Schwierigkeit sogar noch weit geringer, indem dieselben nicht, wie die Geldstücke, unerkennbar sind, sondern vielmehr durch Numern individuell bezeichnet zu werden pflegen (§ 64). Der vorsichtige Eigenthümer braucht also nur für die Aufbewahrung eines genauen Verzeichnisses seiner Papiere zu sorgen, um von dieser Seite die künftige Vindication, wenn sie nöthig wird, vorzubereiten.

Weit schwieriger ist allerdings das zweite, zur Begründung der Vindication erforderliche, Stück, nämlich der Beweis des Eigenthums, den der Kläger zu führen hat. Wie kann nun der Kläger beweisen, daß er an einem bestimmten Papier auf den Inhaber das Eigenthum wirklich erworben hat (m)?

Denkbar ist allerdings der Beweis, daß er selbst, oder auch sein erster oder zweiter Rechtsvorgänger, das Geld an der öffentlichen Kasse eingezahlt, und dafür gerade diese Numer einer Staatsobligation, eines Pfandbriefs u. s. w.

(m) Der Erwerb des Eigenthums ist der Gegenstand seines Beweises, nicht die Fortdauer desselben, die sich an den Erwerb von selbst knüpft. Wenn also eine Unterbrechung des Eigenthums durch Veräußerung behauptet wird, so gehört diese Behauptung zu den Einwendungen und Beweisen des Beklagten. Vgl. System B. 5 §225 S. 153—156. Bethmann-Hollweg Versuche zum Civilprozeß S. 346—349. — Ich bemerke Dieses hier nur beiläufig, da es für jede Vindication gilt, also bei der Vindication jener Papiere nicht besonders hervortritt.

empfangen hat. Dann hat er den Erwerb des wahren Eigenthums vollständig bewiesen; aber gewiß gehört dieser Fall zu den seltensten, kann also die hier vorliegende Schwierigkeit nur wenig vermindern.

Vielleicht wird es auch geschehen, daß der Erwerber eines solchen Papieres die Ersitzung beweist, etwa indem er darthut, daß er das gekaufte Papier drei volle Jahre hindurch bei einer öffentlichen Behörde oder bei einer Privatperson hat ununterbrochen aufbewahren lassen. Allein auch dieser Beweis wird nicht häufig gelingen.

Die häufigste und sicherste Aushülfe aber dürfte wohl in der publicianischen Klage liegen, deren Bedingungen allerdings weit leichter zu erfüllen sind, als die der Eigenthumsklage. Wir wollen auf diese Bedingungen hier näher eingehen.

Die erste Bedingung ist ein gehöriger Titel des Besitzes, das heißt eine juristische Thatsache, die an sich dazu geeignet war, Eigenthum zu verschaffen, wenn sie auch im vorliegenden Fall, aus besonderen Gründen, diese Wirkung vielleicht nicht gehabt hat. Dieser Titel muß natürlich nicht etwa blos behauptet, sondern im Einzelnen, und mit allen Umständen, nachgewiesen werden.

Die zweite Bedingung ist die bona fides, das redliche Bewußtseyn. Auf die, an sich schwierige, und sehr bestrittene, Frage wegen des Beweises dieser thatsächlichen Bedingung, werde ich sogleich zurück kommen.

Wir wollen nun zunächst die Lage des Beklagten, des

gegenwärtigen Besitzers, betrachten. Dieser kann sich in einem dreifachen Verhältniß zu der besessenen Sache befinden.

Er kann erstens erweislich der wahre Eigenthümer seyn. Dann hat er unzweifelhaft die exceptio dominii, und der Kläger muß abgewiesen werden (n).

Er kann zweitens in einem Verhältniß zur Sache stehen, welches dem des Klägers gleichartig ist, also gleichfalls auf einem gehörigen Titel und der bona fides beruht. Von diesem Fall, dem wichtigsten, und wohl auch dem häufigsten, soll sogleich weiter die Rede seyn.

Er kann drittens in einem weniger günstigen Verhältniß zur Sache stehen, indem entweder der Titel, oder die bona fides, oder beides zugleich, nicht einmal behauptet, oder nicht bewiesen, oder vom Gegner widerlegt wird (o). In diesem Fall ist die Verurtheilung unzweifelhaft.

Zur näheren Betrachtung bleibt also noch übrig der zweite oder mittlere Fall, in welchem das Besitzverhältniß beider Parteien ein gleichartiges ist. Ich will von diesem Fall zunächst die minder zweifelhaften Fragen, zu welchen er Gelegenheit geben kann, zu beseitigen suchen. Wenn beide Parteien ihr Recht von demselben Vorgänger (auctor)

(n) *L.* 1 *pr. de publ.* (6. 2). „Si quis . . . *non a domino* . . petet“. *L.* 16, *L.* 17 *eod.*

(o) Unsere Schriftsteller pflegen diesen Fall schon in die Definition der Klage mit aufzunehmen, indem sie sagen, die Klage sey gerichtet gegen Den, „qui infirmiori jure possidet“. Hofacker T. 2. § 1032. Mühlenbruch T. 2 §. 273.

ableiten, so geht der ältere Besitzer vor. Haben sie verschiedene Vorgänger, so geht der gegenwärtige Besitzer vor, so daß der Kläger abgewiesen wird; besitzt keiner von beiden, indem sie gleichzeitig gegen einen Dritten klagen, der infirmiori jure besitzt, so geht wiederum der ältere Besitzer vor (p).

Es bleibt aber nun noch die schwierigste Frage in dieser ganzen Lehre übrig, die Frage, unter welchen Bedingungen das Besitzverhältniß beider Parteien als ein wahrhaft gleichartiges zu betrachten ist.

Es ist bereits bemerkt worden, daß der Kläger einen gehörigen Titel des Besitzes nicht blos behaupten, sondern im Einzelnen, mit allen Umständen, nachweisen muß. Genau dieselbe Forderung müssen wir auch an den Beklagten stellen.

Wie steht es aber in dieser Hinsicht mit der bona fides, die ja noch neben dem Titel erfordert wird? Ist auch diese ein Gegenstand des zu führenden Beweises, welches dann natürlich für den Beklagten eben sowohl, als für den Kläger, zu behaupten seyn würde?

Zuvörderst müssen wir uns überzeugen, daß ein wahrer Beweis dieser inneren, lediglich im Bewußtseyn des

(p) *L.* 9 § 4 *de publ.* (6. 2), (*L.* 14 *qui pot.* 20. 4). — *L.* 31 § 2 *de act. emt.* (19. 1). Der scheinbare Widerspruch dieser Stellen läßt sich auf die im Text angegebene Weise ungezwungen lösen. Hofacker T. 2 § 1032. Die Frage ist aber sehr bestritten, indem Viele einen unlösbaren Widerspruch annehmen, und den Ausspruch der letzten Stelle als irrig verwerfen. Mühlenbruch T. 2 § 273. Puchta Pandekten und Vorlesungen § 173.

Besitzers vorhandenen, Thatsache nicht etwa blos schwierig, sondern völlig unmöglich ist. Wir könnten diese Thatsache nur aus mündlichen oder schriftlichen Aeußerungen des Besitzers erfahren, aber diese Aeußerungen würden alle Glaubwürdigkeit entbehren, weil er ein so augenscheinliches Interesse bei der Annahme der Thatsache hat.

Daher ist von jeher die überwiegende (wenngleich nicht einstimmige) Meinung der Schriftsteller dahin gegangen, die bona fides brauche nicht bewiesen zu werden, sie werde vielmehr vermuthet, und es sey vielmehr die Aufgabe des Gegners, die mala fides zu beweisen, welcher Beweis auch sehr wohl möglich, oft sehr leicht, ist, indem jede Aeußerung des Besitzers über die mala fides, als ein Geständniß zu seinem Nachtheil, gewiß glaubwürdig ist.

Diese Meinung ist denn auch für das unmittelbar praktische Resultat wohl anzunehmen, wenngleich dafür mitunter nicht haltbare Gründe vorgebracht worden sind (q). Es sprechen dafür manche Andeutungen in unsern Rechtsquellen (r). Für die vollständige Einsicht in das ganze

(q) Dieses gilt besonders von der angeblichen, aber völlig unbegründeten, Vermuthung für die Redlichkeit jedes Menschen (quilibet praesumitur bonus).

(r) Dahin gehört die ganz willkürliche Abwechselung des positiven Ausdrucks (bona fides) mit dem blos negativen, z. B. *L.* 109 *de V. S.* (50. 16) „bonae fidei emtor esse videtur, qui *ignoravit eam rem alienam esse*" etc., *L.* 31 § 2 *de act. emti* (19. 1) „cum emtio venditioque *sine dolo malo* fieret". — Ferner *L.* 30 *C. de evict.* (8. 45), worin vorausgesetzt wird, daß der Gegner die mala fides zu beweisen habe, jedoch freilich so, daß es ungewiß bleibt, von welcher Art von Rechts-

Sachverhältniß reichen wir indessen damit nicht aus, und es kommt vielmehr darauf an, uns von folgenden Sätzen zu überzeugen.

Gerade weil ein unmittelbarer Beweis der bona fides nicht möglich ist, diese aber dennoch als Bedingung sowohl für die Ersitzung, als für die publicianische Klage, unzweifelhaft erfordert wird, liegt dabei die Ansicht zum Grunde, daß in der Beurtheilung der bona fides, in ihrer Annahme oder Verwerfung, dem richterlichen Ermessen ein sehr freier Spielraum einzuräumen ist. Dieses freie Ermessen ist aber nicht zu verwechseln mit blinder Willkür, und es erhält zunächst eine bestimmte Richtung durch das unverkennbare Verhältniß, in welchem der Rechtstitel zu der bona fides steht. Der Titel enthält nicht nur die Rechtfertigung der bona fides, sondern auch den wahren Grund, aus welchem der Richter dieselbe als Thatsache anzunehmen hat, so lange ihm nicht das Gegentheil nachgewiesen wird (s). Eben deshalb aber darf ihm auch nicht die nackte Thatsache eines Titels überhaupt, z. B. eines geschlossenen Kaufs, hinreichen, sondern er muß diese Thatsache stets im Zusammenhang

verhältnissen das Rescript spricht (die Einrückung in den Titel de evictionibus beweist darüber Nichts). — Besonders aber *C.* 47 *de R. J.* in VI. (5. 13) „Praesumitur ignorantia, ubi scientia non probatur". — Vgl. über die ganze Frage: Unterholzner Verjährungslehre § 139. HARNIER diss. de probatione b. f. Cassellis 1841.

(s) Eine weitere Ausführung dieser Ansichten findet sich in dem System B. 3 Beil. VIII. Num. XV. und Num. III.

mit den Umständen prüfen, unter welchen sie vorgekommen ist. Wenn also diese Umstände so beschaffen sind, daß der Glaube an das erworbene Eigenthum nicht ohne Leichtsinn oder Unbesonnenheit entstehen konnte, so hat der Richter die bona fides nicht anzunehmen. Es sind demnach bei der Prüfung der bona fides dieselben Rücksichten entscheidend, welche bei der Lehre vom probabeln Irrthum zum Grunde liegen. Daß es auch die Römer so verstanden haben, darauf deuten mehrere Stellen unverkennbar hin (t). — Es hängt damit noch die Frage zusammen, ob der bloße Zweifel hinreiche, die bona fides auszuschließen. Manche haben diese Frage schlechthin verneint (u), aber mit Unrecht. Wenn der Zweifel auf ernsten Bedenken beruht, so muß er allerdings die bona fides ausschließen (v); anders, wenn er blos in einer übertriebenen Aengstlichkeit seinen Grund hat.

Die hier vorgetragene Lehre bezieht sich auf die publicianische Klage im Allgemeinen, ohne Unterschied der Gegenstände derselben. Sie ist hier deswegen so ausführlich dargestellt worden, weil ein Theil derselben gerade bei den

(t) *L.* 44 § 4 *de usurp.* (41. 3) „si ... *non levi praesumtione* credat". *L.* 7 § 2 *pro emt.* (41. 4), „aut *scire debet*".

(u) Man hat für diese Verneinung die *L.* 11 *C. de cond. ind.* (4. 5) angeführt, aber ohne Grund, da bei der condictio indebiti ganz andere Gesichtspunkte entscheidend sind, als bei der bona fides. Wer im Zweifel über die Richtigkeit einer Schuld zahlt, kann es thun aus strenger Gewissenhaftigkeit, oder aus Sorge für seinen Credit, ohne daß dabei die Absicht einer Schenkung obwaltet, die freilich die Condiction ausschließen müßte.

(v) Mühlenbruch T. 2 § 289 not. 3. Unterholzner Verjährungslehre B. 1 §. 117 S. 409.

Papieren, mit welchen wir uns gegenwärtig beschäftigen, mehr als bei vielen anderen Gegenständen, eine eigenthümliche und wichtige Anwendung findet.

Wir betrachteten zuletzt den Fall, in welchem der Kläger, wie der Beklagte, einen Rechtstitel für den Erwerb des Besitzes behauptet und nachweist, und es muß nun noch entschieden werden, ob auch in Ansehung der bona fides ihre Lage gleich oder ungleich ist, so daß vielleicht auf diese Ungleichheit ein Vorzug des Einen vor dem Anderen gegründet werden könnte.

Es folgt nun aus der so eben versuchten Ausführung, daß wir uns mit dem abstracten Begriff eines Rechtstitels nicht begnügen können, sondern daß wir die besondern Umstände jedes einzelnen Falles genau zu erwägen haben. Meistens wird jede Partei behaupten, und vielleicht auch gleich vollständig beweisen, daß sie das streitige Papier irgend einmal gekauft habe; aber die Umstände des Kaufes können in beiden Fällen ganz verschieden gewesen seyn. Die Papiere, von welchen hier die Rede ist, gehören bekanntlich nicht zu den Sachen, die Jeder ohne Unterschied zu besitzen, zu kaufen und zu verkaufen pflegt. Wenn daher aus den Umständen erhellt, daß Eine der Parteien (welches wohl am häufigsten der Beklagte seyn wird) das Papier von einem Unbekannten oder augenscheinlich Unbemittelten gekauft hat, oder überhaupt von einer solchen Person, bei welcher der Besitz des Papieres und der Verkehr mit einem solchen nicht zu erwarten war, so muß der Richter die bona fides im

rechtlichen Sinne des Wortes verneinen, indem nun anzunehmen ist, daß die Erwerbung entweder mit einem unredlichen Bewußtsein, oder wenigstens mit einer tadelnswerthen, verwerflichen Unbesonnenheit verbunden war. Diese Annahme aber kann noch fester begründet werden, wenn es sich ergiebt, daß der Besitzer das Papier weit unter dem gangbaren Preise angekauft hat, wodurch allein schon der rechtmäßige Besitz des Verkäufers verdächtig werden mußte.

Es wird sogleich gezeigt werden, daß manche neuere Gesetze diese Regeln ausdrücklich aufgestellt, und näher ausgebildet haben. Sind die hier aufgestellten Ansichten über den wahren Sinn des Römischen Rechts richtig, so wird daraus folgen, daß jene Gesetze ganz auf dem Boden des richtig verstandenen Römischen Rechts sich befinden.

§. 68.

I. Vertrag. B. Personen. Papiere auf den Inhaber (Fortsetzung). [Preußisches Recht.]

Mit den hier aufgestellten Regeln des Römischen Rechts über die Vindication der auf den Inhaber ausgestellten Papiere sind nun noch die davon theilweise abweichenden Bestimmungen mancher neueren Gesetze zu vergleichen.

Dabei kann der Grundsatz vorausgeschickt werden, daß, wenn in einzelnen Fällen verschiedene Gesetze in Betracht

kommen können, dasjenige angewendet werden muß, in dessen Gebiet der Rechtsstreit geführt wird (a).

A. In mehreren Ländern ist die Römische Vindication beschränkt durch die Regel: Hand muß Hand wahren. Diese Regel würde falsch aufgefaßt werden, wenn man sie als eine allgemeine Ausschließung der Vindication ansehen wollte, da sie auf den unfreiwilligen Verlust des Besitzes (durch Raub, Diebstahl, Verlieren der Sache) gar keine Anwendung findet.

Die Regel bezieht sich vielmehr nur auf die Fälle, in welchen der Eigenthümer die Sache freiwillig in die Gewahrsam eines Anderen gegeben hat; hier soll er sich mit der persönlichen Klage gegen Diesen begnügen, also von der Vindicatioon gegen den dritten Besitzer ausgeschlossen seyn. Jedoch wird auch diese Ausschließung an verschiedenen Orten nicht in gleichem Umfang angenommen. Sie wird an manchen Orten auf jede Art des Anvertrauens der Sache an eine andere Person bezogen; an anderen Orten dagegen nur auf diejenigen Fälle, in welchen der Eigenthümer die Sache dem Anderen zum Vortheil desselben anvertraut (z. B. einem Miether oder Pfandglaubiger), nicht wenn es im eigenen Interesse des Eigenthümers geschieht (z. B. einem Depositar oder einem Verwalter oder Dienstboten des Eigenthümers) (b).

(a) Vgl. System B. 8 § 367 S. 187. 188. Bornemann Preußisches Recht B. 2 S. 145.

(b) Mittermaier B. 1 § 153.

Es hat durchaus kein Bedenken, diese Regeln unbedingt auch bei den Papieren auf den Inhaber zur Anwendung zu bringen. Wo also die Regel in der engeren Begränzung gilt, da wird die Vindication nur ausgeschlossen seyn, wenn der Eigenthümer das Papier etwa einem Pfandglaubiger, nicht aber, wenn er es einem Depositar oder Mandatar anvertraut hat. Wo man sie in der weiteren Ausdehnung gelten läßt, da wird sie auch in diesen letzten Fällen die Vindication des Eigenthümers ausschließen, also überhaupt in allen Fällen, in welchen er das Papier freiwillig in fremde Hände gab.

B. Preußisches Recht.

Schriftsteller.

Bornemann Preußisches Civilrecht. B. 2 § 118 S. 145—151.

Ergänzungen ꝛc. von Gräff ꝛc. (Fünfmännerbuch) B. 2 S. 160—181, 2te Ausg. 1844.

Wenn ich in dieser Lehre das Preußische Recht weit ausführlicher, als andere Rechte, behandle, so geschieht Dieses nicht blos, und nicht hauptsächlich deswegen, weil ich selbst dem Preußischen Staat angehöre, sondern weil hier ein weit reicheres Material vorliegt, sowohl durch die Gesetzgebung, als durch die Arbeit der Schriftsteller, darge-

boten. — In der Darstellung des Preußischen Rechts will ich zunächst von dem uns hier vorliegenden besonderen Gegenstand (den Papieren auf den Inhaber) noch ganz absehen, und die Eigenthumsklagen nach Preußischem Recht im Allgemeinen untersuchen; dann erst wird es möglich seyn, jenen besonderen Gegenstand mit Erfolg zu behandeln.

Bevor ich aber die Eigenthumsklagen selbst, anschließend an das gemeine Recht (§ 67) darzustellen versuche, will ich einige vorläufige Punkte abhandeln, welche ihren mannichfaltigen Einfluß auf jene Klagen im Einzelnen geltend machen.

Der erste dieser Punkte bezieht sich auf eine allgemeine Vermuthung zum Vortheil des Besitzers, welche auf den ersten Blick wichtiger erscheint, als sie in der That ist, und welche wörtlich also lautet: „Jeder Besitzer hat in der Regel die Vermuthung der Rechtmäßigkeit und Redlichkeit seines Besitzes für sich" (c). Die Vermuthung für die Redlichkeit ist in demselben Sinn aufzufassen und zu billigen, welcher oben für das gemeine Recht dargelegt worden ist (§ 67. r). — Bedenklicher erscheint die Vermuthung der Rechtmäßigkeit, also für das Daseyn eines gültigen Titels (d). Denn wenn man diese Vermuthung in dem vollen Umfang gelten lassen wollte, dessen der Ausdruck empfänglich ist, so würde Jeder, der irgend einmal Besitzer war,

(c) A. L. R. I. 7 §. 179 § 8. Rechtmäßigkeit des Besitzes vgl.
(d) Ueber diese Bedeutung der A. L. R. I. 7 § 10.

den verlorenen Besitz blos aus dem Grunde dieser Rechtsvermuthung, ohne weiteren Beweis gegen jeden Anderen, einzuklagen befugt seyn. So ist es aber in der That nicht gemeint. Jene Vermuthung bezieht sich nur auf die Lage des gegenwärtigen Besitzers, also des Beklagten im Streit über Eigenthum; sie soll also nur die Stellung dieses Beklagten, dem Kläger gegenüber, bezeichnen, indem der Beklagte befugt ist, sich auf die reine Verneinung zu beschränken, und abzuwarten, ob es dem Kläger gelingen werde, die Thätigkeit des Richters für sich in Anspruch zu nehmen. Darin liegt nun nichts Besonderes, sondern es ist dieselbe Stellung, welche auch in dem Streit über andere Arten von Rechten, z. B. über Obligationen, dem Beklagten unzweifelhaft zuzuschreiben ist.

Ein zweiter vorläufig zu erörternder Punkt bezieht sich auf die Redlichkeit des Besitzes. Daß diese nicht vom Besitzer bewiesen werden muß, sondern vielmehr zu seinem Vortheil vermuthet wird, so lange nicht der Kläger das Gegentheil beweist, ist so eben schon angeführt worden (Note c), und es liegt darin keine Eigenthümlichkeit des Preußischen Rechts. — Dagegen ist ein praktisch sehr wichtiger Punkt, von welchem ich allerdings glaube, daß er auch schon mit den Ansichten des Römischen Rechts übereinstimmt (§ 67. t), im Preußischen Recht ungleich mehr hervorgehoben, und in zweckmäßiger Weise ausgebildet worden.

Es soll nämlich „einem unredlichen Besitzer gleich

geachtet werden" Jeder, der, bei der Anwendung eines gewöhnlichen Grades von Aufmerksamkeit, Ursache hatte, an der Gültigkeit seines Besitztitels zu zweifeln, und sich dennoch den Besitz zueignet, also durch eigenes grobes oder mäßiges Versehen in Irrthum über die Rechtmäßigkeit des Besitzes geräth (e). Diese allgemeine Regel wird in folgenden besonderen Anwendungen geltend gemacht. Erstlich, wenn Jemand eine Sache von einer verdächtigen Person an sich bringt, wohin Diejenigen gehören, die mit Sachen solcher Art nicht zu handeln, oder dergleichen nach ihrem Stande oder ihrer Lebensart nicht zu besitzen pflegen; insbesondere ganz unbekannte Leute, welche Gold, Silber, Juwelen und andere Kostbarkeiten, zum Kauf oder Pfand anbieten (f). Zweitens, wenn aus dem die Forderung des Verkäufers beträchtlich übersteigenden Werthe der Sache ein wahrscheinlicher Verdacht entsteht, daß die Sache entwendet sey (g). Die Vernachlässigung dieser Vorschriften hat zunächst im Civilrecht die Folge, daß der Beklagte in der Vindication den Vortheil des redlichen Besitzers ver-

(e) A. L. R. I. 7 § 13. 15, I. 20 § 91.

(f) A. L. R. I. 15 § 18. 19, Anhang § 49. 50, II. 20 § 1231 —1236.

(g) A. L. R. II. 20 § 1236. Es ist streitig, ob auch schon Der als unvorsichtiger Erwerber zu betrachten sey, welcher eine Sache kauft, deren Diebstahl in öffentlichen Blättern bekannt gemacht war, wenigstens wenn dieser Käufer ein Gewerbtreibender ist; es muß aber wohl bewiesen seyn, daß er die Anzeige und Warnung wirklich gekannt hat. Vgl. Fünfmännerbuch B. 2 S. 180. Hinschius jur. Wochenschrift B. 1 1835 S. 127—130. Bornemann B. 2 S. 147.

liert, den Ersatz des ausgelegten Kaufgeldes vom vindicirenden Eigenthümer zu verlangen (h). Dazu kommt aber noch im (früheren) Strafrecht die andere wichtige Folge, daß, im Fall eines an der Sache vorher begangenen Diebstahls, der unvorsichtige Erwerber mit nachdrücklicher Geld- oder Gefängnißstrafe belegt werden sollte (i).

Wenn man diese sorgfältigen, genauen Bestimmungen, und die darin enthaltenen mannichfaltigen und schweren Folgen der Uebertretung, unbefangen erwägt, so muß man sich überzeugen, daß es dem Gesetzgeber damit Ernst gewesen sey, und daß er auf eine erfolgreiche Anwendung im wirklichen Leben gerechnet habe.

Ein dritter Punkt endlich, der hier noch vorläufig zu erörtern ist, bezieht sich auf die Stellung des Beklagten im Streit über Eigenthum. Von Diesem wird gesagt, er sey nicht schuldig, „den Titel seines Besitzes anzugeben und

(h) A. L. R. I. 15 §. 18. 25. — Dieses gilt jedoch nur von dem, allerdings gewöhnlichsten, Falle, wenn, bei dem Ankaufe von einer verdächtigen Person, die Entstehung des Rechts aufwärts nicht weiter verfolgt werden kann. Wenn dagegen nachgewiesen wird, daß die verdächtige Person den Besitz von einer anderen, unverdächtigen, also auf fehlerfreie Weise erworben hatte, so ist dadurch jeder Nachtheil von dem unvorsichtigen letzten Besitzerwerb abgewendet. Bornemann B. 2 S. 165. 166.

(i) Die hier angedrohete Strafe trifft allerdings zunächst und vorzugsweise die Gewerbtreibenden, die das Gesetz auf diese Weise übertreten (A. L. R. II. 20 § 1236), außerdem aber auch alle übrigen Personen (§ 1240. 1241). — Diese Strafen können freilich nicht mehr eintreten, seitdem im Jahre 1851 der Tit. 20 Th. II. des L. R. allgemein aufgehoben worden ist. Allein der Inhalt dieser §§. kann allerdings noch benutzt werden zur Auslegung und Ergänzung der in den Titeln 7 und 15 Th. I. enthaltenen civilrechtlichen Bestimmungen des L. R.

nachzuweisen" (k). Dieser Satz folgt unmittelbar auf die bereits angegebene Vermuthung für die Rechtmäßigkeit und Redlichkeit des Besitzes (Note c), und er wird als eine Folge dieser Vermuthung ausgedrückt. Im Römischen Recht kommt dieser Satz gar nicht vor, so daß man annehmen kann, er verstehe sich dort von selbst. Auch im Landrecht würde er an sich eine besondere Aufmerksamkeit nicht in Anspruch nehmen, und er wird erst bedeutend und wichtig durch folgende, ihn beschränkende, Ausnahmen.

1. Wenn irgend Jemand nachweist, daß ihm der Besitz dieser Sache durch Gewalt, List, oder Betrug entnommen worden ist; diese Ausnahme bezieht sich besonders auf den Fall eines erlittenen Diebstahls, welcher also bescheinigt werden muß, da ein eigentlicher Beweis fast niemals wird geführt werden können (l).

2. Wenn der Richter die Angabe des Besitztitels zur Aufklärung streitiger Thatsachen nöthig findet (m), wobei also dem Richter ein völlig freies Ermessen überlassen ist.

(k) A. L. R. I. 7 § 180.

(l) A. L. R. I. 7 § 184. — Daß hier von einer bloßen Bescheinigung die Rede ist, wird ausdrücklich anerkannt in der Deklaration vom 23. Mai 1785 § XIII. (s. unten Note m m). Eben so in der Allg. Ger. Ordn. I. 51 § 124.

(m) A. L. R. I. 7 § 184. — An einer anderen Stelle (I. 15 § 39) ist von einem gerichtlichen Befragen die Rede, worauf die beharrliche Verweigerung besondere Nachtheile zur Folge hat. Es ist ungewiß, ob unter diesem gerichtlichen Befragen blos die in der vorhergehenden Stelle erwähnte Frage des Richters zu verstehen seyn soll, oder etwa auch die Frage der Gegenpartei, wenn diese vor Gericht aufgestellt wird. Die Stelle I. 7 § 186 scheint mir nicht entscheidend.

3. Wenn Jemand nachweist, daß diese Sache seinem rechtmäßigen Besitze ohne seinen Willen entkommen ist (n). Diese Ausnahme unterscheidet sich von der ersten dadurch, daß sie nicht blos (wie jene) auf gestohlene, sondern auch auf verlorene, Sachen geht, also umfassender als jene ist. Sie ist aber dadurch strenger bedingt, daß der Kläger hier die Rechtmäßigkeit seines Besitzes nachweisen muß (o). Der innere Grund der verschiedenen Behandlung dieser beiden Fälle liegt darin, daß der Schutz gegen das fremde Verbrechen leichter gewährt und weiter ausgedehnt werden soll, als der Schutz gegen den bloßen Zufall oder die eigene Unvorsichtigkeit.

In einigen der angeführten Gesetzstellen wird der Besitzer verpflichtet, nicht nur den Besitztitel, sondern auch den Vormann, anzugeben (p); in anderen wird nur der Titel, nicht der Vormann erwähnt. Diese Verschiedenheit ist wohl nur scheinbar und zufällig. Denn die Angabe des Titels soll doch ohne Zweifel auf alle thatsächlichen Umstände gehen, wohin der Vormann vor allen anderen Umständen zu rechnen ist.

(n) A. L. R., I. 15 § 34.

(o) Fünfmännerbuch B. 2 S. 165. — Ohne Grund verneint Bornemann B. 1 S. 262 diesen Unterschied, indem er behauptet, in dem §. 34 sey der Beisatz: rechtmäßig irrigerweise aufgenommen. — Allerdings soll der Finder (d. h. der es einräumt, ein bloßer Finder zu seyn) die gefundene Sache auch dem vorigen bloßen Inhaber verabfolgen (I. 9 § 59); daraus folgt aber nicht, daß der bloße Inhaber Den, bei welchem er die verlorene Sache antrifft, zur Angabe des Besitztitels nöthigen kann, etwa um dadurch zu erfahren, daß dieser gegenwärtige Inhaber ein Finder sey.

(p) I. 15 § 34. 39.

Ferner sprechen die Gesetzstellen wörtlich nur von der Angabe des Titels und des Vormannes. Soll aber diese Vorschrift nicht völlig illusorisch seyn, so muß sie gewiß auch eine Bescheinigung in sich schließen, da er außerdem nur den Ankauf von einem unbekannten Reisenden, oder auch von einem seitdem Verstorbenen, zu behaupten brauchte, um das Gesetz zu entkräften (q). Auch sagt eine der Stellen ausdrücklich, daß die Behauptung des Besitzers, der Titel und der Vormann seyen ihm unbekannt oder entfallen, nur zugelassen werden könne, wenn er Umstände nachweise, wodurch diese Behauptung wahrscheinlich werde (r).

Fragen wir nun nach dem Grunde dieser wichtigen gesetzlichen Ausnahmen, so wird derselbe von mehreren Schriftstellern in die eigenthümliche Regel des Preußischen Besitzrechtes gesetzt (s), nach welcher durch Raub, Diebstahl, und selbst durch das Finden einer verlorenen Sache, der bisherige Besitz nicht aufgehoben, und dem Diebe u. s. w. kein Besitz erworben wird (t), eine Aenderung in dem Besitz vielmehr erst dann eintritt, wenn eine neue, fehlerfreie Besitzergreifung hinzukommt (u). Die oben erwähnte Verpflichtung zur Angabe des Besitztitels soll also dazu dienen,

(q) Bornemann B. 1 S. 262 scheint dieselbe Meinung zu haben, da er von Dokumentiren und Bescheinigen spricht. — In dem Fünfmännerbuch B. 2 S. 166 werden Schriftsteller für beide Meinungen angegeben.

(r) A. L. R., I. 15 § 39.

(s) Bornemann B. 1 S. 262. Korb Abhandlung in der juristischen Wochenschrift von Hinschius B. 5 S. 455.

(t) A. L. R. I. 7 § 96—98. 112. 113, I. 9 § 26 (vgl. mit I. 7. § 124).

(u) A. L. R. I. 7 § 122.

uns zu überzeugen, daß der Beklagte ein wahrer Besitzer, nicht bloßer Inhaber, sey.

Ich will es dahin gestellt seyn lassen, ob die Verfasser des Landrechts, indem sie die exceptionelle Verpflichtung zur Angabe des Besitztitels aufstellten, an die eben erwähnte, ganz neue, und gewiß nicht glückliche, Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes gedacht haben mögen oder nicht. Aber gewiß lag ihnen ein anderer Zusammenhang mindestens eben so nahe, und wohl noch näher; ich meine, der Zusammenhang mit der vorher dargestellten Regel, nach welcher der Erwerb des Besitzes von einer verdächtigen Person, oder zu einem unverhältnißmäßig niedrigen Preise, einem unredlichen Besitzerwerb gleich geachtet werden soll (Note f. g). Es ist schon oben bemerkt worden, daß diese Regel einen recht praktischen Charakter und eine wichtige Bedeutung habe, und daß also wohl der Gesetzgeber auf die wahre Anwendung derselben gerechnet haben müsse. Woher sollen wir nun aber erfahren, daß ein unvorsichtiger, leichtsinniger Erwerb Statt gefunden habe, auf dessen Verhütung der Gesetzgeber so großen Werth legt? Der Besitzer wird Dieses nicht freiwillig erklären, und die Verpflichtung zur Angabe des Besitztitels bei der Erwerbung von Sachen, deren Diebstahl u. s. w. bescheinigt ist, wird meist der einzige Weg seyn, jenes tadelnswerthe Verfahren zu entdecken, und so zugleich der Entdeckung des Verbrechens näher zu kommen. Ja, ohne jene Verpflichtung, würde der Dieb selbst, in dessen Besitz man die Sache fände, durch die bloße Berufung

auf die Vermuthung der Redlichkeit (Note c) hinreichenden Schutz finden. — In diesem Zusammenhang also ist der wahre Grund der aufgestellten exceptionellen Verpflichtung zur Angabe des Besitztitels zu suchen, und daß dieses die wahre Absicht des Gesetzes ist, erhellt besonders aus dem daneben gestellten besonders freien Ermessen des Richters (Note m).

Nach Beseitigung der eben dargestellten vorläufigen Punkte, komme ich nunmehr zu den Eigenthumsklagen selbst, so wie sie sich im Preußischen Recht darstellen.

An der Spitze dieser Klagen steht, hier wie im gemeinen Recht, die eigentliche Vindication, die Klage aus dem wahren Eigenthum. Wer den Erwerb desselben für seine Person beweisen kann, ist befugt, die Sache von jedem Inhaber oder Besitzer, wie auch der Besitz desselben beschaffen seyn möge, abzufordern (v). Soweit stimmt das Landrecht mit dem Römischen Recht überein.

Darin aber weichen beide Rechte von einander ab, daß das Römische dem Beklagten keine Gegenforderung wegen der auf den Erwerb des Besitzes verwendeten Kosten gestattet, anstatt daß nach dem Landrecht der redliche Besitzer „die Erstattung alles dessen, was er dafür gegeben oder geleistet hat, fordern" kann (x), womit in den meisten Fällen

(v) A. L. R. I. 15 § 1, I. 7 § 175.

(x) A. L. R. I. 15 § 25. 26. — Diese absichtliche Abweichung vom Römischen Recht wird von den Verfassern des Landrechts selbst so aufgefaßt, als liege darin ein Mittelweg zwischen der strengen

nicht mehr und nicht weniger, als das aufgewendete Kaufgeld verstanden seyn wird. Will er aber diese Forderung geltend machen, so ist er dadurch von selbst genöthigt, den Titel seines Besitzes und den Vorbesitzer anzugeben und zu beweisen, weil nur hieraus für den Richter der Umfang des „Gegebenen oder Geleisteten" auf sichere Weise erkennbar ist. Gelingt ihm dieser Nachweis nicht, so kann er jenen Vortheil nicht für sich geltend machen, und er muß nun die Sache unentgeldlich herausgeben (y), gerade so wie er es ohnehin thun müßte, wenn er den Besitz gar nicht durch einen lästigen Vertrag, sondern unentgeldlich, erworben hätte (z). — Die Verpflichtung des Besitzers zur Angabe des Besitztitels hat also in diesem Fall eine andere Bedeutung, und einen anderen Grund, als die oben dargestellte allgemeinere Verpflichtung, und sie ist hier gar nicht durch die Voraussetzung bedingt, daß die Sache eine gestohlene oder verlorene seyn müsse (Note l. und n.).

Der Beweis des wahren Eigenthums ist aber häufig sehr schwer zu führen, und darum muß in vielen, vielleicht in den meisten Fällen, ein Surrogat der eigentlichen Vindication versucht werden. Dieses Surrogat ist im gemeinen Recht die publicianische Klage, und obgleich dieser Name

Vindication des Römischen Rechts, und der milderen Regel des Deutschen Rechts: Hand muß Hand wahren (Note b). Vgl. Fünfmännerbuch B. 2 S. 160. 161. Für genau richtig kann ich diese Auffassung nicht anerkennen.

(y) A. L. R. I. 15 § 37.

(z) A. L. R. I. 15 § 24.

im Preußischen Recht nicht vorkommt, so ist doch in demselben ein Klagrecht anerkannt, welches sich ganz an die Grundsätze der Römischen publiciana in rem actio anschließt (aa).

In dieser Klage hat der Kläger, so wie nach dem Römischen Recht, einen gehörigen Besitztitel zu beweisen (bb), mehr nicht: denn die Redlichkeit seines Besitzes, welche allerdings noch daneben verlangt wird (cc), ist kein Gegenstand des Beweises, da sie stets vermuthet wird (Note c).

Der Beklagte kann diesen Anspruch, ganz wie im Römischen Recht, nur dadurch entkräften, daß er von seiner Seite ein besseres oder gleich gutes Recht behauptet und nachweist. — Das bessere Recht kann vor Allem darin bestehen, daß er das wahre Eigenthum behauptet und beweist (dd). Außerdem sind die Ansprüche beider Parteien

(aa) Bornemann B. 1 § 64 S. 271, Fünfmännerbuch B. 2 S. 161.

(bb) Er muß „ein besseres Recht zum Besitze", „eine Befugniß zum Besitze", nachweisen, ein „besser berechtigter Rückforderer" seyn. I. 7 § 161. 163, I. 15 §. 17. Nun sagt zwar I. 7 § 176, der vollständige Besitzer habe gegen jeden Anderen, als den Eigenthümer, „alle Rechte des Eigenthümers", und nach I. 7 §. 6. 7 heißt vollständiger Besitzer der, welcher eine Sache als sein eigen besitzt, d. h. (nach §. 7) nicht als fremdes Eigenthum, welches also eine blos negative Eigenschaft zu seyn scheint. Allein aus den vorher angeführten Stellen folgt, daß in dem § 176 unter dem vollständigen Besitzer, eigentlich ein vollständiger titulirter Besitzer (nach I. 7 § 8) zu verstehen, daß also nur der Ausdruck des § 176 etwas ungenau gefaßt ist.

(cc) A. L. R. I. 7 § 177.

(dd) A. L. R. I. 10 §. 21. Es ist ganz die exceptio dominii, welche die publiciana actio entkräftet. *L.* 1 *pr.* *L.* 16. 17 *de publ.* (6. 2).

gleichartig, und dann kommt es darauf an, einen Vorzug zu begründen. Leiten nun Beide ihr Recht von einem und demselben Vorbesitzer ab, so geht Derjenige vor, der den älteren Titel, verbunden mit der Uebergabe des Besitzes, für sich hat (ee). Wie es gehalten werden soll, wenn sie sich auf verschiedene Vorbesitzer berufen, ist nicht gesagt; ohne Zweifel soll hier, im Sinn des Landrechts, der gegenwärtige Besitzer vorgehen, der Kläger also abgewiesen werden. — Alle diese Regeln nun stimmen mit dem Römischen Recht völlig überein.

Wenn nach diesen Regeln der Beklagte weichen muß, und dennoch ein redlicher Besitzer ist, so hat er, eben so, wie im Streit gegen den wahren Eigenthümer, das Recht, den Ersatz des aufgewendeten Kaufgeldes zu verlangen (Note x).

Es folgt aus den hier aufgestellten Regeln von selbst, daß der Beklagte, der die Abweisung des Klägers, oder auch nur die Erstattung des Kaufgeldes, durchsetzen will, stets genöthigt ist, seinen Besitztitel anzugeben und zu beweisen, welche Nothwendigkeit wieder ganz verschieden ist von den exceptionellen Fällen bei gestohlenen und verlorenen Sachen (Note l. und n.).

(ee) A. L. R. I. 10 §. 22. 23.

Ich habe die landrechtliche Lehre von den Eigenthumsklagen im Allgemeinen so ausführlich behandeln zu müssen geglaubt, weil nur dadurch eine zusammenhängende Einsicht in die ganze Lehre sowohl, als in die praktisch wichtigen einzelnen Rechtsfragen möglich ist, und ich wende mich nunmehr zur Anwendung dieser Lehre auf unseren vorliegenden Gegenstand, die Papiere auf den Inhaber.

Dürften wir uns hier rein auf die Anwendung jener allgemeinen Regeln beschränken, so würde sich die Sache so stellen. Der Eigenthümer eines Papiers würde dasselbe von jedem Besitzer einklagen können; der vollständige titulirte Besitzer desgleichen, jedoch so, daß dieser von einem gleichberechtigten Beklagten zurückgewiesen werden könnte. Beide müßten sich, im Fall der erlangten Verurtheilung, gefallen lassen, dem Beklagten, wenn dieser den redlichen Besitz hätte, das aufgewendete Kaufgeld zu ersetzen.

So steht indessen die Sache gar nicht. Vielmehr haben wir hier mit einem ganz abweichenden, eigenthümlichen Gesetze über das baare Geld und über die Papiere auf den Inhaber zu thun, dessen Inhalt nunmehr genau festzustellen ist.

Für das Geld entsteht zuerst die Schwierigkeit bei der Vindication, daß gewöhnlich die Identität der vindicirten Geldstücke mit den dem Kläger angeblich gehörenden nicht wird dargethan werden können; diese Schwierigkeit kann jedoch dadurch überwunden seyn, daß das vindicirte Geld als in einem bestimmten Beutel oder anderen Behält-

niß enthalten bezeichnet wird (§ 67. i. k. l.). Nun verordnet das Landrecht, daß das Geld, auch wo jene Schwierigkeit beseitigt erscheint, dennoch gegen einen redlichen Besitzer gar nicht vindicirt werden darf, mit Ausnahme des Falles, wenn er den Besitz unentgeldlich erworben hat (ff). — Es soll also in der Regel die Vindication des Geldes untersagt seyn; ausnahmsweise soll sie gelten in zwei Fällen: bei dem unredlichen, und bei dem unentgeldlichen Erwerb des Besitzes.

Daran schließt sich die fernere Vorschrift, daß völlig dieselbe Regel auch für die Papiere auf den Inhaber gelten soll (gg).

Man könnte versucht seyn, eine Inconsequenz darin zu finden, daß bei dem Gelde nur eine Feststellung der Identität durch Behältnisse erwähnt wird, da doch bei den Papieren nicht nur dieselbe Feststellung, sondern auch die durch Angabe der Nummern möglich ist (§ 64). Allein die Möglichkeit dieser Feststellung ist für die Papiere keinesweges ausgeschlossen, sie muß vielmehr im Sinne des Landrechts stillschweigend vorausgesetzt werden (hh). — Dagegen muß wohl eine andere Inconsequenz anerkannt werden. Daß bei dem Gelde die Vindication gegen den redlichen Besitzer ganz ausgeschlossen, nicht (wie bei anderen Sachen) durch die Rückforderung des dafür Gegebenen beschränkt ist —

(ff) A. L. R. I. 15 § 45. 46. (gg) A. L. R. I. 15 § 47.
(hh) Bornemann B. 2 S 147.

dieser Unterschied rechtfertigt sich durch die Natur des Geldes, als des allgemeinen Werthmessers. Denn wer das Geld (wie hier vorausgesetzt wird) nicht unentgeldlich empfängt, sondern etwa als Zahlung einer Schuld, als Darlehen u. s. w., der hat stets dafür genau so viel hingegeben, als er in dem Gelde empfing, so daß hier die Rückforderung des dafür Gegebenen völlig gleichbedeutend ist mit der Ausschließung der Vindication selbst. — Dieses nun verhält sich ganz anders mit den Papieren, die in dem Sinne Waaren sind, daß sie um beliebigen Preis verkauft werden können (§ 64). Hier wäre es consequent gewesen, die Vindication schlechthin zu gestatten, aber (so wie bei anderen Sachen) gegen Erstattung des Kaufgeldes an den redlichen Besitzer. Dieses hätte die wichtige Folge, daß der Beklagte in jedem Fall seinen Besitztitel angeben müßte (Note y), welches ihm in vielen Fällen den Anspruch auf Erstattung des Kaufgeldes wiederum entziehen würde (Note f. g. h.). Die hier gerügte Inconsequenz ist nicht als ein Versehen des Gesetzes anzusehen, sondern vielmehr als eine bewußte Begünstigung des Verkehrs mit jenen Papieren, wovon sogleich noch weiter die Rede seyn wird.

In der Lehre von der Vindication dieser Papiere ist folgende Frage sehr bestritten, und zugleich von vorzüglicher praktischer Wichtigkeit. Bei der Vindication anderer Sachen kann ausnahmsweise der Besitzer angehalten werden, seinen Besitztitel anzugeben, wenn die Sache gestohlen oder verloren ist, oder wenn es der Richter so gut findet (Note l.

m. n). Gelten nun diese Ausnahmen auch hier? Das Gesetz selbst spricht sich darüber gar nicht aus. Die Sache ist aber um so wichtiger, als eben diese erzwungene Angabe des Besitztitels dahin führen kann, in dem Beklagten einen unredlichen, oder unvorsichtigen, oder unentgeldlichen, Besitzer zu erkennen, also die Vindication gegen ihn zu begründen, die vielleicht außerdem nicht begründet seyn würde.

Ein Schriftsteller hat sich gegen diese Verpflichtung des Besitzers erklärt, und auch die Meinung der Gerichte scheint sich dahin zu neigen (ii). Der Grund wird darin gesetzt, daß bei anderen Gegenständen eine solche Verpflichtung nur darauf abzwecke, das Daseyn eines wahren Besitzes in der Person des Beklagten zu erkennen (Note s). Dieser Zweck aber falle bei den Papieren auf den Inhaber ganz weg; denn da bei diesen die Cession erlassen sey, so komme es bei ihnen nur auf die thatsächliche Inhabung, nicht auf den wahren juristischen Besitz an. — Der hier angeführte Grund scheint mir ganz unhaltbar. Der Erlaß der Cession würde selbst dann eine Erleichterung für den Verkehr seyn, wenn der strenge Beweis des Eigenthums an dem Papier gefordert werden könnte. Nun ist zwar nicht dieser Beweis erforderlich, sondern nur ein wahrer Besitz, bei welchem das Eigenthum des Papiers, und mit diesem das Recht der Forderung, vermuthet werden soll.

(ii) Abhandlung von Korb (s. o. Note s) S. 453—456.

Daraus folgt aber gar nicht, daß, nach einer sehr verbreiteten Meinung, nicht einmal ein wahrer Besitz erforderlich seyn, sondern die bloße Thatsache der Inhabung das wahre Recht der Forderung in sich schließen soll. Mithin ist der Schluß von dem Erlaß der Cession auf den Erlaß des wahren Besitzes nicht haltbar (kk).

Aus folgenden Gründen muß ich vielmehr behaupten, daß die Verpflichtung des Beklagten zur Angabe des Besitztitels bei den Papieren auf den Inhaber ganz unter denselben Bedingungen, und mit denselben Folgen, eintritt, wie bei allen anderen Gegenständen.

Jene Verpflichtung ist in dem Gesetz allgemein, ohne Unterschied der Gegenstände, ausgesprochen, die Ausnahme eines einzelnen Gegenstandes muß also schon an sich als willkürlich und grundlos angesehen werden.

Das Verbot des unvorsichtigen Erwerbes, insbesondere des Ankaufs von verdächtigen Personen, wird in dem Gesetz als sehr wichtig behandelt, als so wichtig, daß selbst Geld- und Gefängnißstrafen damit in Verbindung gebracht werden. Dieses Verbot aber wird bei den Papieren auf den Inhaber fast ganz illusorisch, wenn man nicht, im Fall des Diebstahls, den Besitzer zur Angabe des Besitztitels verpflichtet. Man muß sich nur vergegenwärtigen, wie sich die Sache im wirklichen Leben stellt. Die meisten anderen

(kk) Dieses Alles ist schon oben (§ 66), vom Standpunkte des gemeinen Rechts aus, dargethan worden; der Standpunkt des Landrechts ist in dieser Hinsicht kein anderer.

Sachen sind im offenen, vor allen Augen sichtbaren, Gebrauch des Besitzers, so daß der Eigenthümer den Besitzer meist ganz zufällig entdecken kann. Jene Papiere pflegt Jeder zu verbergen und zu bewahren, und damit meist nur hervorzutreten, wenn er Zinsen an einer öffentlichen Kasse zu erheben hat. Kommt nun auf diese Weise der gegenwärtige Inhaber zur Kenntniß des bestohlenen Eigenthümers, so ist, nach der Meinung der Gegner, der Inhaber gar nicht in Verlegenheit. Auch wenn es der Dieb selbst ist, oder wenn er vom Diebe wissentlich, oder unvorsichtig, gekauft hat, braucht er nur dem Eigenthümer das Landrecht I. 7, § 179. 180 aufzuschlagen, um ganz ungestört im Besitz und Genuß der Papiere zu bleiben. — Nach der von mir vertheidigten Meinung wird er dagegen seinen Besitztitel und den Vorbesitzer angeben müssen, und dadurch wird sehr häufig der Diebstahl entdeckt werden. Trifft es sich aber, daß der Inhaber auf redliche und zugleich vorsichtige Weise den Besitz erworben hat, so wird es Diesem nicht schwer werden, einen solchen Erwerb nachzuweisen (ll).

Wird nun die Meinung der Gegner angenommen, so liegt darin in der That eine Begünstigung der Diebe. Und

(ll) Gerade bei den Papieren auf den Inhaber wird, mehr als bei den meisten anderen Sachen, ein unvorsichtiger Kauf von verdächtigen Personen oder weit unter dem gangbaren Preise vorkommen (Note e. f. g). Man kann hier noch einen anderen Fall der Unvorsichtigkeit hinzufügen, wenn Jemand eine Aktie ohne Coupons, oder umgekehrt, kauft, weil ein solcher Kauf außer der üblichen Regel des Verkehrs liegt. Eichhorn Deutsches Recht § 191. e.

wer auch noch so sehr von der Vorliebe für den leichten und raschen Umlauf jener Papiere eingenommen ist, der wird doch gewiß nicht den raschen Umlauf begünstigen wollen, welcher allerdings durch den Griff des Diebes in die Kasse des Eigenthümers bewirkt wird. — Wird dagegen meine Meinung angenommen, so liegt darin gewiß keine Gefährdung oder Belästigung für die ehrlichen Leute. Es wird dadurch Jeder veranlaßt werden, solche Papiere nur von bekannten und zuverlässigen Personen zu kaufen, welches auch schon jetzt jeder Besonnene zu thun pflegt. Und an solchen Personen ist ja an den Orten, an welchen in jenen Papieren Geschäfte gemacht werden, kein Mangel.

Den hier aufgestellten Gründen will ich zuletzt noch einen anderen hinzufügen, der einen mehr historischen Charakter hat. Die Quelle der hier angegebenen Vorschrift des Landrechts über jene Papiere (I. 15 § 47) findet sich in einer gesetzlichen Deklaration vom 23. Mai 1785 (mm). Diese untersagt die Vindication jener Papiere, und geht darin sogar noch weiter, als das Landrecht, indem sie die Vindication nur bei dem unredlichen Besitz zuläßt (§ II. III. IV.), nicht auch bei dem unentgeldlich erworbenen. Aber

(mm) Abgedruckt im N. C. C. T. 7 S. 3127, bei Rabe B. XII. S. 231, und im Fünfmännerbuch B. 2 S. 174—176. — Diese Deklaration geht aus von der übertriebensten Begünstigung des Umlaufs jener Papiere. In der Einleitung heißt es: „noch mit demjenigen schnellen und ungehinderten Umlauf, welchen die Lebhaftigkeit des Verkehrs im Handel und Wandel, als die Hauptabsicht ihrer Einführung, nothwendig erfordert“.... Ich habe schon oben (§ 64) versucht, diese Ansicht zu widerlegen.

auch diese Deklaration zeigt doch eine gerechte Theilnahme an dem Schicksal des bestohlenen oder verlierenden Eigenthümers (nn). Wenn Dieser seinen Verlust bei der Behörde anzeigt, und nun ein Anderer das Papier präsentirt, so soll nicht nur der angebliche Eigenthümer benachrichtigt werden, sondern es soll auch noch folgende Maaßregel eintreten: „§ XII. Ein solcher Präsentant soll schuldig seyn, Denjenigen namhaft zu machen, von welchem das Instrument auf ihn gediehen ist. Behauptet er, solches nicht mehr zu wissen, so soll er wenigstens zur eidlichen Erhärtung dieser angeblichen Unwissenheit, nach richterlichem Ermessen, angehalten werden." Ganz in demselben Sinn wird dann noch im § XIII. hinzugefügt, daß auf die Persönlichkeit der beiden Parteien, des angeblichen Eigenthümers und des Präsentanten, Rücksicht genommen werden solle, ob vielleicht Jener ein bekannter, sicherer und glaubwürdiger Mann, Dieser eine unbekannte oder gar verdächtige Person seyn möge. — Daß diese Vorschriften zunächst für die Verwaltungsbehörde gegeben werden, schwächt ihre beweisende Kraft für die von mir vertheidigte Behauptung gewiß

(nn) § XI. „Damit aber auch außerdem dem Eigenthümer eines durch Entwendung oder Zufall verloren gegangenen Pfandbriefs oder Aktie, die Wiedererlangung seines Eigenthums . . . möglichst erleichtert werde" ꝛc. Es ist also ganz falsch, wenn Manche behaupten, die hier folgenden Vorschriften seyen administrativer Natur, und bezögen sich auf die in der öffentlichen Anstalt nöthige Controle. Es ist vielmehr ganz eigentlich auf den Rechtsschutz für das Eigenthum abgesehen.

nicht; denn der Richter hat ja schon an sich einen noch unmittelbareren Beruf, zum Schutz des Eigenthums einzuwirken, muß also ohne Zweifel jene Vorschriften als auch ihm geltend anerkennen, und auch für die Fälle, in welchen der zweifelhafte Besitz des Papiers auf andere Weise, als durch die Präsentation bei der Verwaltungsbehörde, an den Tag kommt.

Ich will zugeben, daß diese Deklaration, abgesehen von ihren provinzialrechtlichen Bestimmungen, neben der aus ihr entnommenen Stelle des Landrechts, keine selbstständige Gesetzeskraft mehr hat (oo); aber zur Auslegung der Stelle des Landrechts, die aus ihr hervorgegangen ist, wird sie gewiß benutzt werden dürfen, und insofern liegt in ihr eine Unterstützung meiner Behauptung, daß der Inhaber eines gestohlenen oder verlorenen Papiers zur Angabe seines Besitztitels verpflichtet sey.

Mit der hier abgehandelten Rechtsfrage verwandt, aber nicht einerlei, ist ein Fall, der schon mehrmals in Gerichten vorgekommen ist. Nach dem Tode des Eigenthümers eines Papiers fand sich dasselbe im Besitz eines Hausgenossen, welcher behauptete, der Verstorbene habe es ihm geschenkt. Mit Recht erkannten die Gerichte auf den Beweis der behaupteten Schenkung (pp). Hier war gar nicht die Frage

(oo) Fünfmännerbuch B. 2 S. 174. 177.

(pp) Entscheidungen des Obertribunals B. 11. 1846 S. 296—302. Ganz eben so in einem Ausspruch des Obertribunals vom 26. Oktober 1844 (Böhlig ./. Leinich), den ich nur aus den Originalakten kenne.

wegen der Verpflichtung zur Angabe des Besitztitels entscheidend; der Besitztitel war freiwillig eingestanden, und vom Beweis desselben hing es ab, ob der gegenwärtige Besitzer, oder vielmehr die Erben des anerkannten früheren Eigenthümers, als Eigenthümer des Papiers gelten sollten.

C. Das Oesterreichische Gesetzbuch hat mehrere Regeln aus anderen neueren Gesetzen in sich aufgenommen, jedoch unvollständig, und ohne sie zu einem zusammenhängenden Ganzen auszubilden.

Die Regel: Hand muß Hand wahren, kommt hier vor, jedoch nur um den Besitzer zu schützen, der die Sache von dem Depositar u. s. w. gegen Entgeld erworben hat (§ 367). — Wer eine Sache von einer verdächtigen Person, oder zu einem auffallend geringen Preise, erwirbt, gilt als unredlicher Besitzer (§ 368). — Baares Geld oder Papiere auf den Inhaber können nur vindicirt werden, wenn solche Umstände eintreten, aus denen der Kläger sein Eigenthumsrecht beweisen kann, und aus denen der Beklagte wissen mußte, daß er die Sache sich zuzuwenden nicht berechtigt war (§ 371).

D. Das Französische Civilgesetzbuch erwähnt die Vindication der Papiere auf den Inhaber nicht besonders.

Es stellt aber den allgemeinen Grundsatz auf, daß alle bewegliche Sachen (unter welche also auch jene Papiere gehören), nur vindicirt werden können, insofern der Eigenthümer sie verloren, oder durch Diebstahl eingebüßt hat, und daß diese Klage nur drei Jahre dauert (art. 2279).

Andere neuere Gesetze enthalten über diesen Gegenstand mehr oder weniger unvollständige Bestimmungen (qq).

§. 69.

I. Vertrag. B. Personen. Papiere auf den Inhaber (Fortsetzung). [Amortisation.]

III. Amortisation (a).

Schriftsteller.

G. Ph. von Bülow Abhandlungen B. 1. Braunschweig 1818. Nr. XVII.

(qq) Bender S. 335—337, S. 619. 633. 634. Gönner § 70—72. Heimbach partikuläres Privatrecht 1848 § 188. — Vgl. auch oben § 67. g.

(a) Es werden abwechselnd gebraucht die Ausdrücke: Mortificirung (A. L. R. I. 16 § 126 und 130), und: Amortisation (A. G. O. I. 51 §. 115 118 fg., Preußische Gesetze von 1819 und 1828 f. u., Deutsche Wechselordnung § 73), so daß also der letzte in neuerer Zeit vorherrschend geworden ist. Indessen ist zu bemerken, daß unter Amortisation auch noch etwas wesentlich Verschiedenes verstanden wird,

Bender S. 339—358.

Gönner § 73—78.

Thöl § 56.

Wenn der Eigenthümer eines auf den Inhaber lautenden Papiers den Besitz dadurch einbüßt, daß es ihm entwendet wird, daß er es verliert, oder daß es durch Feuer oder Schiffbruch zerstört wird, so ist er dabei in einer anderen Lage, als der Eigenthümer von Papiergeld, der einen ähnlichen Unglücksfall erleidet. Das Geld trägt seinen Werth in sich selbst, wie jeder andere Gegenstand des Eigenthums, und wenn Papiergeld im Meere untergeht, so ist der Verlust eben so unersetzlich, wie bei dem Untergang von Metallgeld. Nicht so bei den Papieren auf den Inhaber, die gar keinen Werth für sich haben, sondern bloße Schuldscheine sind, Beweis-Urkunden über Obligationen (§ 64), von deren körperlichem Daseyn die Fortdauer der Obligation selbst ganz unabhängig ist.

Nun ist zwar allerdings mit der Einführung solcher Papiere der allgemeine Vorbehalt des Schuldners verbunden, keine andere Verpflichtung zu übernehmen, als die Zahlung an den Inhaber oder Vorzeiger des Papiers, und durch diese Zahlung von jeder Verpflichtung völlig frei zu

nämlich die allmälige Tilgung öffentlicher Schuldpapiere durch Einlösung eines Theiles derselben, welche dann vernichtet werden.

werden. Sucht man diesen Vorbehalt in seiner strengen Consequenz durchzuführen, so scheint daraus zu folgen, daß es dem Schuldner völlig gleichgültig seyn könnte, ob er dem Eigenthümer oder dem Diebe Zahlung leiste, und daß er nach dem Untergang des Papiers gar keine Zahlung leisten werde, also die in dem Papier verschriebene Summe für sich gewönne, indem es nunmehr unmöglich geworden ist, daß der Eigenthümer jemals als Vorzeiger des Papieres auftrete. — Allein eine genauere Erwägung zeigt, daß eine solche Consequenz weder thatsächlich geübt, noch als wahrer Sinn jenes Vorbehalts betrachtet wird, sondern daß vielmehr der Schuldner bereit ist, den ursprünglichen Eigenthümer gegen die Folgen des erlittenen Unglücksfalles in Schutz zu nehmen, so weit es ohne seine eigene Gefährdung geschehen kann. Dazu muß den Schuldner nicht nur das allgemeine Interesse der Gerechtigkeit führen, das ja bei einer öffentlichen Behörde am wenigsten fehlen darf, sondern auch der Credit der von ihm ausgestellten Papiere. Der wahre Sinn des erwähnten Vorbehalts geht also vielmehr nur dahin, daß der Schuldner in keinem Fall in die Lage gebracht werden könne, die Summe, auf welche das Papier lautet, zweimal, an verschiedene Personen, zahlen zu müssen (b).

Das Verfahren, welches zur Amortisation solcher Pa-

(b) Vgl. oben § 66 am Schluß.

piere führt, oder führen kann, ist nun folgendes (c). Der Eigenthümer, der einen solchen Unglücksfall erlitten hat, macht davon Anzeige bei der öffentlichen Behörde, von welcher die Ausstellung dieser Papiere, und besonders die Zinszahlung, ausgeht. Er muß die verlorenen Papiere genau nach Nummern u. s. w. bezeichnen, und zugleich sein Recht auf dieselben, so wie den erlittenen unfreiwilligen Verlust, bescheinigen (d).

Die nächste Folge einer solchen Anzeige besteht darin, daß die Behörde die angezeigten Nummern bemerkt, und insbesondere darauf achtet, ob Zinscoupons unter diesen Nummern präsentirt werden. Die ferneren Folgen aber können sehr verschieden seyn, und selbst der Anzeigende wird dieselben in vielen Fällen als ungewiß ansehen müssen.

Werden solche Zinscoupons zur Zahlung präsentirt, so sind dieselben nicht sofort an den Präsentanten auszuzahlen. Vielmehr wird der Anzeigende von der Präsentation, und der Person des Präsentanten, benachrichtigt, und es geht nun die ganze Sache in einen Rechtsstreit zwischen bestimmten Parteien über, nach den Grundsätzen, welche über

(c) Ich spreche hier blos von der Mortificirung der auf den Inhaber gestellten Papiere. Etwas Aehnliches kann allerdings auch vorkommen bei Schuldscheinen auf einen bestimmten Glaubiger, die nach gezahlter Schuld nicht zurückgegeben werden können, weil sie verloren oder zerstört sind. Hier aber ist die Sache weit einfacher, und macht nur etwa bei hypothekarischen Schuldbriefen einige Schwierigkeit. Vgl. A. L. R. I. 16 § 125—129, A. G. O. I. 51 § 115 fg.

(d) Er muß diese Thatsachen bescheinigen, nicht beweisen, welches hierin meist unmöglich ist. Vgl. oben § 68 l, und Gönner §. 76.

die Vindication der Papiere bereits aufgestellt worden sind (§ 67. 68).

Wenn sich dagegen keine Vorzeiger von Zinscoupons melden, welcher Fall unter Voraussetzung der körperlichen Zerstörung nothwendig eintreten muß, so ist der angezeigte Verlust, mit Bezeichnung der Nummern, öffentlich und wiederholt von der Behörde bekannt zu machen. Hat auch diese Bekanntmachung, im Lauf mehrerer Jahre, keinen sichtbaren Erfolg, so kann dann durch ein richterliches Urtheil das Papier für amortisirt erklärt werden, worauf Dem, welcher den Verlust angezeigt hat, ein neues Papier von gleichem Werth auszufertigen ist.

Der Erfolg dieser Maaßregel ist zunächst immer wieder die höchste Sicherstellung des Schuldners. Durch das richterliche Erkenntniß über die Amortisation wird es unmöglich, daß künftig ein bisher unbekannt gebliebener Besitzer des verlorenen Papiers an den Schuldner Ansprüche geltend mache. Wenn jedoch ein solcher Besitzer auftritt, und beweist, daß er durch ungewöhnliche Ereignisse verhindert worden ist, von der Bekanntmachung Kenntniß zu erhalten und sich zu melden, so kann Derselbe nach Umständen Restitution erlangen, und die Sache ist nun wieder in den Weg eines Rechtsstreits zwischen zwei bestimmten Parteien einzuleiten.

Die hier aufgestellten Regeln über das Verfahren bei der Amortisation können als gemeinrechtlich angesehen werden, indem sie aus der Natur und Bestimmung solcher Pa-

piere hervor gehen (e). Sie sind also überall anzuwenden, wo nicht etwa besondere Gesetze die Amortisation ganz untersagen (f).

Die genauesten Bestimmungen über die Amortisation finden sich in der Preußischen Gesetzgebung (g). Hier ist die oben aufgestellte Regel in der Weise näher ausgebildet, daß die öffentlichen Bekanntmachungen durch Sechs halbjährige Zinstermine (also durch drei Jahre) fortgesetzt werden sollen. Sind diese fruchtlos geblieben, so soll nun, neben den wiederholten Bekanntmachungen, eine förmliche Edictalladung an den unbekannten Besitzer, unter Androhung der Präclusion, erfolgen, und erst wenn abermals zwei Zinstermine, ohne Anmeldung eines Besitzers, abgelaufen sind, soll die Abfassung eines richterlichen Erkenntnisses veranlaßt werden.

Auch bei verlorenen oder gestohlenen Wechseln kann eine Vindication oder Amortisation eintreten (h).

(e) Eichhorn Deutsches Recht § 191 e, Mittermaier § 274 Num. VII., Thöl § 59.

(f) Gönner § 75.

(g) A. L. R. I. 16 § 130, A. G. O. I. 51 § 120—140. — Dazu kommen noch manche ergänzende und abändernde Bestimmungen in Beziehung auf die inländischen Staatspapiere. Gesetz vom 16. Juni 1819 (G. S. 1819 p. 157). Gesetz vom 3 Mai 1828 (G. S. 1828 p. 61).

(h) Aelteres Recht. A. L. R. II. 8 § 1159—1180. — Neueres Recht. Allg. Deutsche Wechsel-

§. 70.

I. Vertrag. B. Personen. Papiere auf den Inhaber (Fortsetzung).

Zum Schluß sind noch einige Fälle zu erwähnen, in welchen die Natur der Papiere auf den Inhaber entweder noch nicht zu einem vollständigen Abschluß gekommen, oder umgekehrt wieder zurückgetreten ist.

I. Bei manchen industriellen Unternehmungen kommt es vor, daß die Einzahlungen der Unternehmer nicht mit einemmal, sondern nur allmälig, stückweise, eingefordert werden. Dafür pflegen dann sogenannte **Quittungsbogen** ausgegeben zu werden, die später, nach vollendeter Einzahlung, in wahre Aktien übergehen. Das Eigenthümliche dieses Falles besteht besonders darin, daß der Käufer solcher Quittungsbogen in Anspruch genommen werden kann, als eintretend in die persönliche Verpflichtung des ersten Unterzeichners zu fortgesetzten Stückzahlungen (a)

II. Es kommt ferner der Fall vor, daß eine öffentliche Behörde Schuldurkunden auf einen bestimmten Glaubiger

ordnung Art. 73. 74. Preußische Einführungsordnung vom 15. Februar 1850 § 2 (G. S. 1850 p. 53). — Es ist zu bemerken, daß auch in der Wechselordnung Art. 74 der unrechtmäßige Erwerb eines Wechsels aus grober Fahrlässigkeit dem unredlichen Erwerb gleichgestellt wird.

(a) Ein Erkenntniß des Preußischen Obertribunals vom 4. Juni 1850 über diese Rechtsfrage wird erwähnt in der Neuen Preußischen Zeitung vom 6. Juni 1850.

ausstellt, jedoch mit dem Vorbehalt, auch jedem anderen Inhaber Zahlung zu leisten, und sich dadurch zu befreien. Solche Papiere haben eine etwas unbestimmte, schwankende Natur, und es kommt nicht selten ein Rechtsstreit über die Behandlung derselben vor (b).

III. Die Papiere auf den Inhaber können dadurch eine sichtbare Veränderung erleiden, daß sie, durch einen darauf gesetzten schriftlichen Vermerk, außer Cours gesetzt werden. Dieses kann geschehen durch einen Privatvermerk des Eigenthümers, der sich dadurch gegen Diebstahl sichern will. — Es kann aber auch geschehen durch einen Vermerk derjenigen Behörde, von welcher das Papier ursprünglich ausgestellt worden ist.

Im Fall des Privatvermerks kann das Papier seine ursprüngliche Natur durch einen neuen Privatvermerk nicht wieder annehmen, sondern nur durch ein gerichtliches Attest in Folge einer gerichtlichen Untersuchung. — Der öffentliche Vermerk kann nur durch einen neuen Vermerk derselben öffentlichen Behörde wieder entkräftet werden (c).

Die spätere Preußische Gesetzgebung hat hinzugefügt, daß Privatvermerke für die öffentliche Behörde, von welcher das Papier ausgegangen ist und verzinst wird, gar keine

(b) Vgl. Fünfmännerbuch B. 2 S. 169—171.

(c) A. L. R. I. 15 § 47—51, wobei zum Grund liegt die Deklaration von 1785 (§ 68. mm). — Vgl. Bornemann B. 2 S. 147, Fünfmännerbuch B. 2 S. 177—179.

bindende Kraft haben, daß also ihre Wirksamkeit auf die gegenseitigen Rechtsverhältnisse der Privatpersonen beschränkt bleibt (d).

Ich habe diese Fälle hier nur beiläufig, und der Vollständigkeit wegen, erwähnt, ohne mich auf eine genauere Erörterung einzulassen, die nur durch die Prüfung jedes einzelnen besonderen Falles möglich ist. Die oben aufgestellten Regeln über diejenigen Papiere, die unstreitig auf jeden Inhaber lauten, und diesen Charakter noch stets behaupten, sind von dieser Neben-Untersuchung ganz unabhängig, deren Gegenstände, verglichen mit den hier abgehandelten Papieren, ohnehin nur als geringe Ausnahmen erscheinen.

§. 71.

I. Vertrag. C. Eingehung. — Auslegung.

Die Lehre von der Eingehung des obligatorischen Vertrags wird hier kürzer erledigt werden können, als es vielleicht erwartet werden möchte. Denn der Vertrag überhaupt, und der obligatorische Vertrag insbesondere, welcher

(d) Gesetz vom 16. Juni 1835 (G. S. 1835 p. 133). Vgl. zwei neuere Gesetze vom 4. Mai 1843 (G. S. 1843 p. 177. 179).

gegenwärtig darzustellen ist, bildet nur eine einzelne, allerdings besonders wichtige, Anwendung des viel allgemeineren Rechtsbegriffs der Willenserklärung (oder des Rechtsgeschäfts) (a). Nun ist die Lehre von der Willenserklärung schon an einem anderen Orte von mir ausführlich abgehandelt worden, und der größte und wichtigste Theil der Lehre von der Eingehung des obligatorischen Vertrags hat damit schon vollständige Erledigung gefunden, so daß zu derselben an diesem Orte nur noch wenige Ergänzungen hinzu gefügt werden dürfen.

Folgende kurze Uebersicht wird Dieses anschaulich machen.

Die Eingehung des Vertrags ist bedingt durch folgende einzelne Thatsachen, die ganz eben so bei jeder Willenserklärung überhaupt in Erwägung kommen (b); durch den Willen selbst, die Erklärung des Willens, und die Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung.

Bei dem Willen selbst sind zwei Stücke zu erwägen:

Das Daseyn desselben, welches zweifelhaft werden kann durch gewisse entgegen wirkende Thatsachen: durch Zwang und Irrthum, zu welchem letzten noch der Betrug, als besonders wichtiges Moment, hinzu tritt (c).

(a) System B. 3 § 140. 141.

(b) Vgl. System B. 3 § 114 S. 99.

(c) B. 3 §. 114. 115. — Eine Ergänzung wird unten in der Lehre von den Wirkungen des Vertrags folgen § 81.

Der Umfang des Willens, welcher durch folgende mögliche Selbstbeschränkungen modificirt werden kann: Bedingung, Zeit, Modus (d).

Bei der Erklärung des Willens kommen folgende Gegensätze in Betracht: sie kann förmlich oder formlos seyn, ausdrücklich oder stillschweigend, wirklich oder fingirt (e). Eigenthümliche Zweifel und Schwierigkeiten entstehen bei den unter abwesenden Personen geschlossenen Verträgen, wie sie bei anderen Arten der Willenserklärungen nicht denkbar sind: auch von diesen aber ist schon bei einer anderen Gelegenheit gehandelt worden (f).

Endlich können bei der unerläßlichen Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung eigenthümliche Störungen eintreten, für deren Behandlung bestimmte Regeln aufgestellt werden müssen: allein auch diese Regeln sind den Verträgen mit allen anderen Willenserklärungen gemeinsam (g).

(d) System B. 3. § 116—129.

(e) System B. 3 § 130—133. Nur bei dem Gegensatz der förmlichen und formlosen Verträge werden noch Ergänzungen nöthig seyn, die jedoch nicht an dieser Stelle, sondern erst in Verbindung mit der Lehre von den Wirkungen der Verträge dargestellt werden können, vgl. § 72 und fg.

(f) System B. 8 § 371. 373. Vgl. Puchta Pandekten § 251 und Vorlesungen § 251, der im Ganzen mit den von mir aufgestellten Regeln übereinstimmt.

(g) System B. 3 § 134—139.

Nach dieser Uebersicht könnte es scheinen, als ob an dieser Stelle gar keine Veranlassung übrig wäre, über die Eingehung der Verträge eigenthümliche Regeln aufzustellen, verschieden von denen, welche sich auf die Willenserklärungen überhaupt beziehen. Dennoch verhält es sich damit nicht ganz in dieser Weise.

Es ist schon an einem anderen Orte erwähnt worden, daß die in Worten enthaltene ausdrückliche Willenserklärung, eben so, wie die Gesetzgebung, einer Auslegung empfänglich, und oft bedürftig, ist (h). Alle diese Fälle der Auslegung kommen überein in dem gemeinsamen Zweck, den in dem todten Buchstaben niedergelegten lebendigen Gedanken vor unserer Betrachtung wieder entstehen zu lassen. Dieser Zweck der Auslegung ist gleichmäßig anwendbar bei der Gesetzgebung (i), wie bei jeder Art der Willenserklärung. Für die Auslegung nun in Anwendung auf die meisten Fälle dieser letzten, lassen sich durchgreifende Grundsätze der Auslegung nicht wohl aufstellen. Auch sind die meisten Aeußerungen der Römischen Juristen hierüber von einem sehr allgemeinen Charakter, und ziemlich auf der Oberfläche liegend, so daß sie in zweifelhaften Fällen nicht leicht weiter führen werden, als wohin die besonnene Erwägung des einzelnen Falles ohnehin führen mußte. Folgende Aussprüche werden diese Behauptung anschaulich machen, und zur Ueberzeugung bringen.

(h) System B. 3 § 131 S. 244. 245.

(i) System B. 1 Kap. IV. § 32 fg.

Zweifelhafte Willenserklärungen sollen so ausgelegt werden, daß das Rechtsgeschäft wo möglich aufrecht erhalten, nicht ungültig werden möge (k). — Ferner so, daß die Erklärung nicht auf ein unmögliches oder erfolgloses Ziel hinführe. Wenn z. B. bei der Veräußerung eines Sklaven versichert wird, derselbe sey gesund, oder er sey kein Dieb, so soll diese Versicherung nicht buchstäblich verstanden werden, weil die Unwahrheit der versicherten Thatsache zu keinem rechtlichen Erfolge führen würde. Vielmehr soll die Versicherung so gedeutet werden, daß der Veräußernde für den Fall der Unwahrheit eine Entschädigung in Geld versprechen wolle (l). — Man soll ferner mehr auf die erweisliche Absicht, als auf den Buchstaben der Erklärung, sehen (m). — Die Auslegung soll nicht auf der Voraussetzung beruhen, daß der Erklärende einen ganz ungewöhnlichen, nur selten vorkommenden, Fall im Auge gehabt habe (n). — Zweideutige Ausdrücke sollen so ausgelegt werden, wie es dem Sprachgebrauch des Orts, oder der Gegend angemessen ist (o).

(k) *L.* 80 *de V. O.* (45. 1). „Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est: commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, *in tuto sit*“. *L.* 67 *de R. J.* (50. 17), *L.* 12 *de reb. dub.* (34. 5).

(l) *L.* 31 *de evict.* (21. 2), *L.* 31. *de R. J.* Vgl. J. GOTHOFREDUS in *L.* 31 *de R. J.*

(m) *L.* 219 *de V. S.* (50. 16), „... contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit“. *L.* 3 *C. de lib. praet.* (6. 28). Dieses soll jedoch nur gelten unter Voraussetzung irgend einer Zweideutigkeit der Rede. *L.* 25 § 1 *L.* 69 § 3 *de leg.* 3 (32 un.).

(n) *L.* 64 *de R. J.* (50. 17).

(o) *L.* 34 *de R. J.* (50. 17), „... id sequamur, quod in re-

Einige Aussprüche gründen sich auf eine allgemeine Gunst oder Ungunst, womit gewisse Rechtsverhältnisse in zweifelhaften Fällen beurtheilt werden sollen. Diese Regeln haben nun allerdings einen mehr positiven Charakter, allein sie betreffen doch nicht eigentlich die Auslegung als solche. Es gehören dahin folgende Fälle. — Wenn über die Gültigkeit einer Dos zweideutige Willenserklärungen zu beurtheilen sind, so soll der Richter zum Vortheil der Dos entscheiden (p). Der Grund besteht darin, daß es im öffentlichen Interesse liegt, die Gründung und Erhaltung der Dos zu befördern, weil dadurch die Ehe und Kindererziehung allgemeiner möglich wird (q). — Wenn das rechtliche Daseyn einer Obligation von zweideutigen Willenserklärungen abhängt, so soll im Interesse der natürlichen Freiheit vielmehr gegen die Obligation, als für dieselbe, entschieden werden (r). — Eben so sollte bei jedem Streit

gione, in qua actum est, frequentatur". *L.* 114 *eod. L.* 65 § 7 *de leg.* 3 (32 un.), *L.* 18 § 3 *de instr.* (33. 7). — In diesen Stellen ist nicht die Rede von der Beobachtung eines örtlichen Gewohnheitsrechts, sondern von überwiegend üblichen Thatsachen, wohin also besonders der vorherrschende Sprachgebrauch des Orts oder der Gegend gehört, welcher für die Auslegung zweideutiger Ausdrücke maaßgebend seyn soll. — Ferner wird durch diese Hinweisung auf den örtlichen Sprachgebrauch die Berücksichtigung der individuellen Redeweise nicht völlig ausgeschlossen. *L.* 69 § 1 *de leg.* 3 (32 un.), *L.* 18 § 3 *de instr.* (33. 7), *L.* 7 § 2 *de suppell.* (33. 10).

(p) *L.* 85 *pr. de R. J.* (50. 17) „In ambiguis pro dotibus respondere melius est". *L.* 70 *de j. dot.* (23. 3). — Eine Anwendung dieser Regel findet sich in *L.* 11 *de pactis dot.* (23. 4).

(q) *L.* 2 *de j. dot.* (23. 3), *L.* 1 *sol. matr.* (24. 3).

(r) Obligationenrecht B. 1 § 2 Note g. — Eine Anwendung dieser

über persönliche Freiheit oder Sklavenstand, die Annahme der Freiheit begünstigt werden (s).

Es finden sich jedoch zwei einzelne, und zwar besonders wichtige und häufige, Arten der Willenserklärung, wofür in der That Regeln von einem mehr positiven, und zwar die Auslegung als solche betreffenden, Charakter in unseren Rechtsquellen aufgestellt werden, und für die Darstellung dieser Regeln ist daher auch schon früher ein Vorbehalt hinzugefügt worden. Es sind Dieses die Verträge und die Testamente (Note h). Der für die Auslegung der Verträge gemachte Vorbehalt muß nun an der gegenwärtigen Stelle seine Erledigung finden, während der für die Testamente dem Erbrecht überlassen bleiben muß.

Wenn die Fassung eines Vertrages verschiedene Deutungen zuläßt, so wird die Entscheidung des Zweifels stets zum Vortheil der einen Partei, also zum Nachtheil der anderen, ausfallen müssen. Das ist auch die Auffassung der Römischen Juristen, und es fragt sich, welche Partei Anspruch auf diesen Vortheil hat, welche sich den Nachtheil der Entscheidung gefallen lassen muß. Hierüber werden nun in unseren Rechtsquellen folgende Regeln aufgestellt.

Regel ist folgende. Wenn in einer Obligation die Höhe einer Geldsumme von zweideutigen Ausdrücken abhängt, so soll für die geringere Summe entschieden werden. *L.* 34 *de R. J.* (50. 17), *L.* 9 *eod.* Dieses würde z. B. Anwendung finden, wenn eine gewisse Zahl von Dukaten oder Pistolen versprochen wären, während unter diesem Namen verschiedene Münzsorten von ungleichem Werth vorkommen. Wo jedoch der örtliche Sprachgebrauch für eine dieser Münzsorten entscheidet, soll dessen Entscheidung überwiegen (Note o).

(s) *L.* 179 *de R. J.* (50. 17).

Bei der Stipulation trifft der Nachtheil den Glaubiger (den Stipulator, welcher der Fragende ist) (t).

Bei den Verträgen über Kauf oder Miethe trifft der Nachtheil den Verkäufer oder Vermiether (u).

Fragen wir nun nach dem Sinn dieser Regeln, und zugleich nach dem Grund derselben, so wird es dadurch zugleich möglich werden, sie auch auf andere Verträge anwendbar zu machen.

Das Wesen jedes obligatorischen Vertrages besteht in der übereinstimmenden Willenserklärung über den Inhalt der Obligation. Diejenige Partei, die sich der Fassung des Vertrages unterzieht, übernimmt damit gleichsam die Verantwortung für die Uebereinstimmung. Findet sich in der Fassung eine Zweideutigkeit, so trägt der Urheber die Schuld, wenn der Gegner sich über den Sinn täuschte, der Urheber mag nun die Zweideutigkeit in unredlicher Absicht hinein gelegt haben, oder aus Nachlässigkeit, da es in seiner Hand lag, den Zweifel zu verhüten, weshalb ihn der Nachtheil der Auslegung treffen muß.

Dieser Grund der Entscheidung wird bei der Stipulation ausdrücklich angegeben (v), und ist bei derselben augenscheinlich zutreffend, da der Fragende stets die Frage

(t) *L.* 38 § 18 *L.* 99 *pr. de V. O.* (45. 1), *L.* 26 *de reb. dub.* (34. 5).

(u) *L.* 39 *de pactis* (2. 14), *L.* 21. 33 *de contr. emt.* (18. 1), *L.* 172 *pr. de R. J.* (50. 17).

(v) *L.* 99 *pr. de V. O.* (45. 1) „... ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit, verba late concipere“.

nach freiem Ermessen einrichtete, der Gegner aber in seiner Antwort ganz von dieser Fassung abhängig war, und sich derselben anschließen mußte (w). Dieses wird besonders einleuchtend, wenn man dabei die späterhin sehr gewöhnliche Form schriftlicher Abfassung der vorangegangenen mündlichen Stipulation in's Auge faßt (§ 73. h).

Derselbe Grund wird auch angegeben für die Auslegung zum Nachtheil des Verkäufers und des Vermiethers (x), das Zutreffen dieses Grundes ist aber hier weniger einleuchtend, da diese Verträge an keine bestimmte Form gebunden sind, also auch die Fassung derselben bald von der einen, bald von der anderen Partei zufällig ausgehen kann. Bei der Aufstellung jener Regeln wird nun aber der gewöhnliche Fall vorausgesetzt, da die Sache zum Verkauf oder zur Vermiethung ausgeboten wird. In diesem Fall geht das ganze Geschäft von dem Verkäufer oder Vermiether aus, zugleich kennt dieser die Sache genauer, als sein Gegner, und es wird auch die Zweideutigkeit der Fassung meist die Beschaffenheit und den Umfang der Sache betreffen, worauf sich der Vertrag bezieht (y). Daher muß allerdings die Entschei-

(w) § 1 *J. de V. O.* (3. 15).

(x) *L.* 39 *de pactis* (2. 14). „Veteribus placuit, pactionem obscuram, vel ambiguam, venditori, et qui locavit, nocere: *in quorum fuit potestate, legem apertius conscribere*". *L.* 21 *de contr. emt.* (18. 1) . . . „obscuritatem pacti nocere . . . venditori *qui id dixerit* . . *quia potuit re integra apertius dicere*".

(y) *L.* 33 *de contr. emt.* (18. 1). „Cum *in. lege venditionis* ita sit scriptum . . . tunc id accipitur, quod venditori nocet: ambigua enim oratio est". — *L.* 21 *eod.* . . „venditori *qui id dixerit*" (s. Note x).

dung anders ausfallen in den Fällen, welche hierin anders gestaltet sind. Wenn also der Käufer eines Landgutes verlangt, daß der Sklave Stichus mit in den Kauf gegeben werde, es sich dann aber findet, daß auf dem Landgut mehrere Sklaven diesen Namen führen, so ist gegen den Käufer, von dem dieser Nebenvertrag ausging, also hier zum Vortheil des Verkäufers, zu entscheiden (z).

Wenn nun hier überall die Regel befolgt wird, daß zum Nachtheil des Urhebers einer zweideutigen Fassung die Auslegung erfolgen soll, so erhellt aus dem eben angegebenen Grunde, daß diese Regel nur anwendbar ist bei der Auslegung der Verträge, weil nur bei diesen der Urheber die Stelle beider Parteien vertritt, und die oben angegebene Verantwortung übernimmt. Einseitige Willenserklärungen sind daher gerade umgekehrt zum Vortheil des Urhebers auszulegen, und namentlich gilt Dieses bei der Klagformel (der intentio), die zum Vortheil des Klägers, also des Urhebers der Fassung, auszulegen ist (aa).

(z) *L.* 34 *pr. de contr. emt.* (18. 1). „Si *in emtione fundi* dictum sit, accedere Stichum servum“. . . . Hier war also der Nebenvertrag vom Käufer ausgegangen, auf dessen Verlangen geschlossen, wie auch die ganze fernere Entwickelung der Stelle zeigt.

aa) *L.* 66 *de jud.* (5. 1), *L.* 83 § 1 *de V. O.* (45. 1), *L.* 96 *L.* 172 § 1 *de R. J.* (50. 17). — Vgl. J. Gothofredus comm. in tit. de R. J., ad L. 96 cit. — Eine Unterstützung und Bestätigung der hier aufgestellten Regel liegt in der bei den Klagformularen üblichen Clausel: qua de re *agitur*.

§. 72.

I. Vertrag. D. Wirkung. — Regelmäßige Wirkung.

Zunächst ist die normale oder regelmäßige Wirkung des Vertrags festzustellen. Dann ist nach zwei Seiten hin die mögliche Abweichung von diesem regelmäßigen Zustand anzugeben, welche aus äußeren Einwirkungen auf den Vertrag hervorgehen kann. Diese wird bald in einer Verstärkung des Vertrags bestehen, bald in einer Schwächung desselben.

Die regelmäßige Wirkung des Vertrags beruht auf dem schon oben dargestellten Gegensatz der klagbaren und klaglosen Obligationen, welche gerade bei den Verträgen in der wichtigsten und vollständigsten Anwendung erscheint, indem die Verträge bald eine civilis, bald nur eine naturalis obligatio erzeugen (a). Dieser Gegensatz hängt wiederum zusammen mit der anderen, gleichfalls schon angegebenen Eintheilung der Verträge in legitimae und juris gentium conventiones (a[1]).

Das Wesen dieser Lehre, wie sie sich unter den Händen der Römischen Juristen ausgebildet, und im Wesent-

(a) Obligationenrecht B. 1 § 7.

(a[1]) S. o. § 52. Es ist genau darauf zu achten, daß diese Eintheilung der Verträge zu beziehen ist auf ihren Ursprung und ihr damit zusammenhängendes inneres Wesen, in welchem Sinn die Stipulation durchaus eine legitima conventio genannt werden muß; in anderem Sinn, nämlich in Beziehung auf die persönliche Fähigkeit, sie mit Erfolg anzuwenden, war sie schon früh großentheils juris gentium geworden (§ 52d[1]).

lichen bis in die Justinianische Gesetzgebung erhalten hat, läßt sich in folgenden Sätzen darstellen (b).

Die legitimae conventiones, deren eigenthümliches Wesen eine rein civile Entstehung hat, also dem jus gentium unbekannt ist, können, dieser ihrer Natur nach, nicht anders gedacht werden, als in der höchsten Wirksamkeit, die das jus civile mitzutheilen vermag, folglich als klagbare Verträge, Entstehungsgründe einer civilis obligatio.

Alle diese Verträge führen mit sich ein besonderes Merkmal, woran sie sogleich erkannt, und von den übrigen Verträgen unterschieden werden können. Das eigenthümliche Wesen derselben besteht nämlich nicht etwa, so wie bei anderen einzelnen Verträgen, in einem besonderen Inhalt oder Zweck, sondern in einer besonderen Form der Willenserklärung, die mit dem verschiedenartigsten Inhalt vereinbar ist, und jedem willkürlich gewählten Inhalt die höchste Wirksamkeit (die Klagbarkeit) mitzutheilen vermag. Die Natur dieser Verträge wird daher am besten durch den Ausdruck der formellen Verträge bezeichnet, im Gegensatz der formlosen, deren eigenthümliche Natur und Wirksamkeit nicht in der Form (sondern in dem besonderen Inhalt) ihren Grund findet (c).

Die hier erwähnte Form aber stand im Zusammenhang mit allgemein bekannten nationalen Sitten und Einrichtungen, und beruhte also nicht auf willkürlicher Vorschrift ein-

(b) Vgl. Puchta Pandekten § 250 und Vorlesungen § 250.

(c) S. o. § 52. q. und System B. 3 § 130.

zelner positiver Gesetze, die zur Vorbeugung gegen mögliche Mißbräuche hätten erlassen werden können (d). Sie bildete daher ein Stück des allgemeinen Volksbewußtseyns aller Römer, die nur überhaupt mit den Geschäften des Vermögens in Berührung standen, nicht blos des besonderen Bewußtseyns des Juristenstandes.

Wie aber überhaupt der Wille bald mündlich erklärt werden kann, bald schriftlich, so kommt auch diese Form der Verträge in zwei Gestalten vor: als verborum obligatio, und als literarum obligatio.

Eine andere Natur, als die legitimae, haben die juris gentium conventiones. Zwar ist auch mit diesen die vollständige Wirksamkeit (die Klagbarkeit) wohl vereinbar; sie versteht sich aber bei ihnen nie von selbst, sondern sie muß ihnen erst von außen beigelegt werden, und dieser äußere Zusatz, dessen sie bedürftig sind, diese Bestärkung derselben, heißt ihre causa.

Ich habe mich in der Darstellung dieser Lehre genau angeschlossen an den Gedankengang Ulpian's (e), dessen entscheidende Worte ich hierher setze:

(d) Solche Vorschriften kommen in unserer heutigen Gesetzgebung einzelner Länder sehr häufig vor. Sie waren aber auch den Römern nicht fremd. Dahin gehört z. B. die nothwendige Insinuation der Schenkungen, deren Werth mehr als 500 Solidi betrug. *L.* 36 *C. de don.* (8. 54). Eben so der Vergleich über Alimente aus einem letzten Willen, der nur mit Genehmigung des Prätors geschlossen werden durfte. *L.* 8. *de transact.* (2. 15). — Die innere Verschiedenheit dieser beiden Arten positiver Formen der Verträge ist richtig hervorgehoben von Puchta a. a. O.

(e) *L.* 7 *pr.* § 1. 2. 4 *de pactis* (2. 14). — Folgende Parallelstellen dienen zur Erläuterung und

pr. „Juris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones.“

§ 1. „Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emtio, venditio.“

§ 2. „Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa: eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem.“ . . .

§ 4. „Sed cum nulla subest causa praeter (f) conventionem, hic constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.“

Indem ich dem Sprachgebrauch der hier angeführten Stellen folge, nehme ich zwei Classen der juris gentium conventiones an: contractus, welche klagbar sind, und pacta (nuda pacta), welchen das Klagrecht nicht zusteht, sondern nur eine Exception. Die genauere Feststellung dieses Sprachgebrauchs behalte ich mir jedoch noch vor. Wenn wir von

Bestätigung. *L.* 45 *eod.* „Divisionis placitum . . . ad actionem, ut nudum pactum, nulli prodesse poterit“. — *L.* 15 *de praescr. verb.* (19. 5). . . „Et quidem conventio ista non est nuda . . . sed habet in se negotium aliquod“. — *L.* 21. 28 *C. de pactis* (2. 3).

(f) Die Haloandrische Leseart praeter ist der Florentinischen propter aus inneren Gründen vorzuziehen, indem der Sinn folgender ist. Wenn Nichts vorhanden ist, als der reine Begriff der conventio, also keine causa daneben (cum nulla subest causa *praeter* conventionem). Es ist nur ein anderer Ausdruck für *nuda* pactio. Ueber die Meinungen der Schriftsteller wegen dieser Leseart vgl. Schulting notae in Dig. T. 1 p. 330.

diesem Standpunkte ausgehen, kommt die eben angegebene Eintheilung, und der dadurch bedingte Sprachgebrauch, mit den legitimae conventiones gar nicht in Berührung, diese liegen völlig außer dem Bereich jener Begriffe.

Man kann aber allerdings auch einen anderen, allgemeineren Standpunkt wählen, wobei man von dem abstracten Begriff des Vertrags überhaupt ausgeht, und dann die Arten desselben, welche klagbar sind, zusammen stellt. Von diesen finden sich vier Classen: re, verbis, literis, consensu. Dieser Standpunkt ist für die Uebersicht des praktischen Rechtssystems der bequemste, und wir finden ihn daher auch bei Gajus und in Justinian's Institutionen (g). Die Unterscheidung der legitimae und juris gentium conventiones wird dabei völlig ignorirt, so daß beide Classen unter einander gemischt werden.

Ich will jetzt die nach Ulpian's Auffassung vorgetragene Lehre im Einzelnen durchzuführen versuchen.

Die causa, wodurch der Vertrag aus der Reihe der bloßen pacta heraus, und unter die contractus eintritt, also zur Erzeugung einer civilis obligatio (einer Klage) fähig wird, kann seyn res oder consensus.

(g) Gajus Lib. 3 § 89. Inst. Lib. 3 Tit. 12. Puchta a. a. O. schließt sich ganz einfach, ohne weitere Bemerkung, an diesen Standpunkt an.

Re contracta obligatio heißt der Vertrag, welcher durch das ursprüngliche Hingeben einer Sache geschlossen wird, und in welchem sich der Empfänger zur Rückgabe des Empfangenen verpflichtet. Theils aus der verschiedenen Beschaffenheit des Gegenstandes, theils aus dem Zweck des Gebens und Nehmens, bilden sich folgende Vier einzelne Fälle dieser Classe:

1. Mutui datio. Sie besteht in dem Geben einer Quantität verbrauchbarer Sachen mit Uebertragung des Eigenthums, unter Verpflichtung zur Rückgabe derselben Quantität gleichartiger Sachen, nicht gerade derselben einzelnen Stücke (h).

2. Commodatum; Hingabe einer einzelnen Sache zum Gebrauch unter Verpflichtung zur Rückgabe derselben einzelnen Sache.

3. Depositum.

4. Pignus. Beide Fälle kommen mit dem Commodatum in dem Geben, als Bedingung des klagbaren Ver-

(h) Gajus Lib. 3 § 90 nennt diesen einen Fall allein, aber nur beispielsweise („*velut* mutui datione"), also nicht, um die drei anderen Fälle zu verneinen, oder als zweifelhaft darzustellen. Ulpian (*L.* 7 § 1 *de pactis*) nennt gerade diesen Fall nicht, und eben so wenig das Pignus; auch er will hier blos Beispiele geben. Der Institutionentitel quibus modis re (III. 14) zählt die vier Fälle vollständig auf. — Es ist dabei noch zu erwägen, daß hier Gajus die Obligationen nicht sowohl nach den Entstehungsgründen classificirt, als nach den Actionen. Daher nimmt er aus res, verba und literae nur die Fälle von Condictionen auf, und rechnet die cond. indebiti mit hinzu. Es ist aber damit nicht gesagt, daß der Gesichtspunkt, nach welchem die Institutionen classificiren, nicht auch schon den alten Juristen geläufig gewesen wäre.

trags, und in der Verpflichtung zur Rückgabe derselben einzelnen Sache, überein. Sie unterscheiden sich durch den Zweck des Gebens und Nehmens. Dieser Zweck besteht bei dem Commodat in dem Gebrauch der Sache von Seiten des Empfängers, bei dem Depositum in der Verwahrung für den Geber, bei dem Pignus in der Sicherheit, die dem Empfänger für die Erfüllung einer anderwärts bestehenden Obligation gewährt werden soll.

Consensu contracta obligatio heißt der Vertrag, welcher schon durch seinen bloßen Inhalt klagbar wird, ohne einer hinzutretenden äußeren causa zu bedürfen. Dahin gehören Vier einzelne Fälle, welche von uralter Zeit her im jus civile anerkannt waren, und daher, wenn wir sie mit dem oben aufgestellten Grundsatz von der nothwendigen causa zusammen halten, als privilegirte Fälle, oder als Ausnahmen des Grundsatzes, zu betrachten sind. Es gehören dahin folgende Verträge (i):

1. Emtio, venditio.
2. Locatio, conductio.
3. Societas.
4. Mandatum.

An die hier gegebene Uebersicht aller klagbaren Verträge schließt sich in natürlichem Zusammenhang die Frage an, welche unter diesen Verträgen durch stricti juris actiones (condictiones), welche durch bonae fidei actiones, geschützt

(i) *L.* 2 *pr.* § 1 *de O. et A.* (44. 7), Gajus Lib. 3 § 135, *pr.* §. 1 *J. de obl. quae ex cons.* (3. 22).

waren. Hierüber habe ich nur in Erinnerung zu bringen, was von mir an einem anderen Orte ausführlich dargestellt worden ist.

Alle legitimae conventiones erzeugen Condictionen (k).

Fast alle juris gentium conventiones, wenn sie nur überhaupt klagbar sind, erzeugen bonae fidei actiones (l), nämlich alle, mit der einzigen Ausnahme des Darlehens, mit dessen eigenthümlicher Natur die Entstehung einer Condiction unzertrennlich verbunden ist (m).

Es würde aber ein völliges Mißverständniß seyn, wenn man die hier gegebene Aufzählung von Acht Arten der klagbaren juris gentium conventiones so auffassen wollte, als wären alle übrigen Fälle nothwendig klaglos geblieben. Es stand jederzeit in der Willkür der Parteien, ihrem Vertrag die Einkleidung eines formellen Vertrags (einer legitima conventio) zu geben. Dadurch wurde der Vertrag von selbst klagbar, und zwar mit einer stricti juris actio versehen. Die Meinung geht also nur dahin, daß in den zu jenen Acht Arten gehörenden Fällen eine solche Einkleidung nicht nöthig war, indem sie auch ohne dieselbe, mit-

(k) System B. 5 Beilage XIII. Num. XI, Beil. XIV. Num. IX. X.

(l) System B. 5 Beil. XIII. Num. XII.

(m) System B. 5. Beil. XIV. Num. IV. V.

hin schon als formlose Verträge, klagbar seyn sollten, obgleich auch bei ihnen, nach Gutfinden der Parteien, die Einkleidung in eine legitima conventio gewählt werden konnte, durch deren juristische Natur dann das ganze Rechtsgeschäft geregelt wurde. Dieses Verfahren bedarf jedoch noch einer genaueren Betrachtung.

Wenn mit einem Darlehen eine Stipulation gleichzeitig verbunden wird, so entstehen nicht etwa zwei, von einander unabhängige, neben einander wirksame, Obligationen. Vielmehr besteht nur allein eine Stipulation, als einzig wirksamer Contract (n). Wenn jedoch die Stipulation an sich, wegen eines Formfehlers, ungültig ist, so bleibt dann das Darlehen gültig und wirksam (o). Dieser Fall ist wohl zu unterscheiden von dem Untergang einer Contractsobligation durch eine spätere Stipulation, d. h. von einer Novation (p). — In ähnlicher Weise konnten auch andere Contracte in eine Stipulation eingekleidet werden, wie z. B. ein Kauf, eine Societät oder Miethe, nur mit dem Unterschied, daß solche wesentlich zweiseitige Verträge nicht so vollständig, wie das Darlehen, in der Stipulation

(n) *L.* 6 § 1 *de nov.* (46. 2) „unus contractus est". *L.* 126 § 2 *de V. O.* (45. 1), „nam quotiens pecuniam mutuam dantes, eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum". Daraus sind die mehr schwankenden Stellen zu erklären. *L.* 9. §. 4 *de R. C.* (12. 1), *L.* 52 *pr.* § 3 *de O. et A.* (44. 7). Vgl. Savigny vermischte Schriften B. 1 S. 259.

(o) *L.* 9 § 4—7 *L.* 26 *de R. C.* (12. 1). *L.* 3 *C. de contr. et comm. stip.* (8. 38).

(p) *L.* 7 *de nov.* (46. 2).

aufgingen (q), und daß stets zwei, neben einander stehende, Stipulationen nöthig waren, um beide Hälften des zweiseitigen Vertrags in sich aufzunehmen.

§. 73.

I. Vertrag. D. Wirkung. — Regelmäßige Wirkung (Fortsetzung).

Das hier dargestellte System der klagbaren Verträge kann als der Inhalt des in sich vollendeten alten jus civile angesehen werden, folglich als derjenige Rechtsstoff, welcher nicht etwa durch die wissenschaftliche Thätigkeit der alten Juristen entstanden war, sondern vielmehr zur Grundlage eben dieser Thätigkeit gehörte. Es ist aber nun noch nöthig, dieses System durch eine Reihe geschichtlicher Betrachtungen zu erläutern und zu ergänzen.

A. Verborum obligatio.

Die allgemeine und regelmäßige Form derselben bestand ursprünglich in der Zusammensetzung von zwei, an sich verschiedenen, Rechtsgeschäften: a. Nexum, symbolisches Zuwägen von baarem Geld, als Gelddarlehen gedacht, b. Mündliche Frage und übereinstimmende mündliche Antwort. Das Nexum wurde schon früher, durch die lex Poetelia abgeschafft; seitdem blieb nur die Frage und Antwort übrig,

(q) *L.* 3 *de resc. vend.* (18. 5), *L.* 3 § 1 *de act. emti.* (19. 1). Vgl. Pfordten Abhandlungen S. 239. 249. — *L.* 71 *pr. pro soc.* (17. 2), *L.* 89 *de V. O.* (45. 1).

welche sich bis in das Justinianische Recht, unter dem Namen der stipulatio, als die häufigste und beliebteste Form der Vertragsgeschäfte, bei den Römern erhalten hat (a).

Da in der Darstellung des heutigen Römischen Rechts die Stipulation, als einzelner Vertrag, nicht mehr vorkommen wird, so ist es nöthig, hier sogleich über die geschichtliche Entwicklung derselben eine Uebersicht zu geben. Für die Anwendung derselben wurden allmälig folgende Erleichterungen zugelassen.

1. Anstatt daß ursprünglich Frage und Antwort nur in lateinischer Sprache ausgedrückt werden konnten, wurden späterhin auch fremde Sprachen, ja sogar verschiedene Sprachen für Frage und Antwort, zugelassen (b). Diese Veränderung hing damit zusammen, daß die Stipulation auch den Peregrinen zugänglich gemacht wurde (c).

2. Ursprünglich wurde eine wörtliche Uebereinstimmung zwischen Frage und Antwort erfordert. Späterhin ließ man die Stipulation gelten und wirken, auch wenn die Uebereinstimmung nicht in den Worten, wohl aber in dem Sinn und Inhalt der Rede zu finden war (d).

Unrichtig sind diese Veränderungen von Manchen so aufgefaßt worden, als wären sie durch ein Gesetz des K. Leo

(a) Die genauere Ausführung dieser Sätze findet sich an folgenden Stellen: System B. 5 Beilage XIV. Num. X, und: Savigny vermischte Schriften B. 2 Num. XIX. S. 402—425.

(b) § 1 *J. de V. O.* (3. 15), *L.* 1 § 6 *de V. O.* (45. 1).

(c) Obligationenrecht B. 1 § 6 Noten f. g.

(d) *L.* 1 § 2 *L.* 65 § 1 *L.* 136 *pr. de V. O.* (45. 1).

eingeführt worden (e). Diese Verordnung enthält blos eine gelegentliche Anerkennung derselben; die Aenderungen selbst waren schon früher durch das praktische Bedürfniß herbeigeführt, und durch die alten Juristen anerkannt worden.

Noch unrichtiger aber und wichtiger würde es seyn, wenn man es so ansehen wollte, als hätte durch jene Aenderungen die Stipulation aufgehört, ein formeller Vertrag von ganz positivem Charakter zu seyn. Es blieb nämlich stets übrig die Nothwendigkeit der persönlichen Gegenwart beider Parteien mit mündlicher Rede und Gegenrede (f). Ferner die Nothwendigkeit, das Geschäft in ununterbrochenem Zusammenhang zu vollziehen, nämlich nicht unterbrochen durch irgend ein fremdes Geschäft (g).

3. Eine fernere Erleichterung endlich bestand darin, daß eine schriftliche Urkunde über die vollzogene Stipulation die strenge Vermuthung mit sich führen sollte, daß die Form der Stipulation gehörig beobachtet worden sey; eine Vermuthung, die nur durch den vollständigen Beweis des Ge-

(e) *L.* 10 *C. de contr. et comm. stip.* (8. 38). Vgl. § 1 *J. de V. O.* (3 15).

(f) § 12 *J. de inut. stip.* (3. 19).

(g) *L.* 12 *pr. de duob. reis* (45. 2), *L.* 137 *pr. de V. O.* (45. 1) „Continuus actus stipulantis et promittentis esse debet: ut tamen aliquod momentum naturae intervenire possit: et cominus responderi stipulanti oportet. Ceterum si post interrogationem aliud *occeperit*, nihil proderit, quamvis eadem die spopondisset“. Anstatt occeperit, liest die Florentina: *acceperit*, ohne Sinn; occeperit ist also eine Emendation, aber gewiß die gelindeste, die sich denken läßt. Die Vulgata liest: agere coeperit, zwar mit befriedigendem Sinn, aber mit allzu starker Abweichung von der Florentina. Vgl. Donellus in tit. de V. O. zu *L.* 1 § 1, und Bynkershoek obss. Lib. 2 C. 23.

gentheils (z. B. der Abwesenheit der einen Partei) entkräftet werden sollte (h). Dadurch war factisch für die allermeisten Fälle eine solche Urkunde mit der vollen Kraft der Stipulation versehen worden, also gewissermaßen praktisch an ihre Stelle getreten.

Zu dieser allgemeinen, im Römischen Recht höchst wichtigen, Form der verborum obligatio kommen noch zwei besondere, die sich auf einzelne Rechtsgeschäfte bezogen: die dotis dictio, und die eidliche operarum promissio von Seiten eines Freigelassenen (i).

B. Literarum obligatio.

Sie gründete sich auf die nationale Sitte, nach welcher allgemein Hausbücher über alle Geldgeschäfte jedes Römischen Bürgers geführt wurden und werden mußten. Mit dieser Sitte ist auch jener formelle Contract allmälig ganz verschwunden, und wenn in Justinian's Institutionen die literarum obligatio noch unter den gangbaren Geschäftsformen aufgeführt zu werden scheint, so geschieht Dieses nur, indem der alte Name auf ein, seinem Wesen nach,

(h) § 17 *J. de V. O.* (3. 15), § 8 *J. de fidejuss.* (3. 20), *L.* 30 *L.* 134 § 2 *de V. O.* (45. 1), *L.* 14 *C. de contr. et comm. stip.* (8. 38). Vgl. Paulus V. 7 § 2.

(i) Vgl. den Westgothischen Gajus II. 9 § 3. 4. Dig. Lib. 38 Tit. 1. In der Handschrift des ächten Gajus sind die entsprechenden Stellen wahrscheinlich ausgefallen. — Schon im älteren Recht waren diese besondern Formen auch deswegen von nicht großer Bedeutung, weil in den Fällen derselben stets die allgemeine Form der Stipulation mit voller Wirkung angewendet werden konnte.

ganz verschiedenes Rechtsinstitut willkürlich angewendet wird (k).

C. Re contracta obligatio.

Diese beschränkte sich in dem alten, ursprünglichen System auf Vier einzelne Fälle, welche jedoch folgendes Merkmal mit einander gemein hatten. Die Verpflichtung des Schuldners auf Rückgabe war bedingt durch ein ursprüngliches Hingeben von Seiten des Glaubigers. Bei diesem Zustand der Sache lag es sehr nahe, aus jenem Merkmal einen abstracten Grundsatz zu bilden, in dessen Anwendung alle gleichartige, oder doch ähnliche Fälle als selbstständige Contracte angesehen, und mit einer Civilklage geschützt werden sollten.

Dieses geschah nun in der That durch die Lehre der alten Juristen, und zwar in der Weise, daß jenes Merkmal etwas allgemeiner gefaßt, und nicht blos auf ein Zurückgeben beschränkt, sondern auch auf ein ursprüngliches, neues Geben bezogen werden konnte (l). Ferner so, daß sowohl die ursprüngliche Leistung des Glaubigers, als auch die nachfolgende Leistung des Schuldners (als Gegenstand der Contractsklage) nicht blos in einem Geben (dare), sondern auch in einem Thun (facere), bestehen durfte. So entstan-

(k) Vgl. Savigny vermischte Schriften B. 1 Num. IX. — *L.* 1 § 1 *de O. et A.* (44. 7) sagt: „Obligationes ex contractu, aut re contrahuntur, aut verbis, aut consensu". Hier ist der vierte Fall: aut literis, durch eine ganz consequente Umänderung im wahren Sinn des Justinianischen Rechts, weggelassen.

(l) So bei dem Tausch.

den vier Klassen von Fällen für diese neu gebildete re contracta obligatio:

Do ut des.

Do ut facias.

Facio ut des.

Facio ut facias.

In dieser Allgemeinheit ist die Sache in unsern Rechtsquellen anerkannt. Es ist aber sehr möglich, und nicht ganz unwahrscheinlich, daß sie zu dieser Allgemeinheit erst allmälig, und nach manchem Streite, gediehen ist (m).

Viele neuere Juristen nennen diese Verträge contractus innominati, welcher Name jedoch in den Rechtsquellen nicht vorkommt (n).

Auf die Erfüllung dieser Verträge gehen nicht einzelne, auf die besonderen Fälle gerichtete, Klagen (so wie die actio commodati, depositi u. s. w.), sondern eine, alle Fälle umfassende, Klage, unter dem Namen actio praescriptis verbis oder in factum civilis.

Die Verträge dieser Art, mit der eben genannten Klage, sollten jedoch nur eine Aushülfe bilden für solche Fälle, die in dem ursprünglichen System keinen Schutz durch Klage

(m) Die allgemeinsten Zeugnisse finden sich in *L.* 7 § 2 *de pactis* (2. 14) und *L.* 5 *de praescr. verb.* (19. 5). — Vgl. auch: System B. 5 § 217. Note u, und Beil. XIII. Num. XII. Note f.

(n) Der Name contractus incertus kommt vor in *L.* 9 *de reb. cred.* (12. 1), jedoch so, daß sich eine bestimmte Beziehung auf die hier erwähnten Fälle nicht behaupten läßt. In *L.* 1 § 6 *de pec. const.* (13. 5) heißt contractus incerti der Vertrag (besonders die Stipulation) über eine incerta quantitas.

gefunden hatten. Wenn also z. B. ein Kauf, oder ein Miethcontract, von einer Seite erfüllt war, so ging er dadurch nicht etwa in jene neue Art von Verträgen, mit einer actio praescriptis verbis, über, weil dazu kein Bedürfniß war, sondern er behielt seine ursprüngliche Natur, wozu die actio emti, locati u. s. w., gehörte. Nur in solchen Fällen, in welchen das Daseyn eines Contracts überhaupt unzweifelhaft war, das Geschäft aber auf der Gränze zweier Contracte lag, und dadurch eine zweideutige Natur annahm, suchte man den, praktisch unerheblichen, Zweifel dadurch zu beseitigen, daß man eine actio praescriptis verbis gestattete (o).

D. Consensu contracta obligatio.

Das Wesen derselben bestand darin, daß in einigen besonderen Fällen der bloße formlose Vertrag an sich schon klagbar seyn sollte (§ 72. i). Darin lag eine reine Ausnahme von dem alten Grundsatz, und diese Ausnahme wurde durch das alte System in Vier besonderen Fällen anerkannt. — Dazu sind aber im Lauf der Zeit folgende Erweiterungen hinzu getreten.

1. Ein ganz einzelner Fall findet sich in der Emphyteuse. Bei dieser war es lange bestritten, nicht ob sie an sich ein klagbarer Vertrag seyn sollte (welches unbezweifelt war), sondern ob sie ein Kauf oder ein Pachtvertrag sey. Durch ein Gesetz des K. Zeno wurde dieser Streit dahin entschie-

(o) *L.* 1 *pr. de aestim.* (19. 3), *L.* 1 §. 1 *de praescr. verb.* (19.5).

den, daß sie weder als Kauf, noch als Pacht gelten, sondern als ein eigener, zwischen beiden in der Mitte stehender, Contract angesehen werden sollte (p).

2. Eine viel allgemeinere Natur haben folgende Erweiterungen. Zuerst die pacta adjecta. — Wenn einem bonae fidei Contracte, gleich bei dessen Abschlusse, (incontinenti) Nebenverpflichtungen beigemischt wurden, die dem Begriff des Vertrags fremd waren, so sollten diese dennoch durch die Contractsklage mit geschützt werden (q).

3. Einige Fälle formloser Verträge wurden durch das Edict des Prätors für klagbar erklärt. — Dahin gehört das Versprechen, den Streit zwischen zwei anderen Personen als Schiedsrichter zu entscheiden (r). — Ferner die Verpflichtung der Wirthe, Fuhrleute und Schiffer, für die bei ihnen eingebrachten Sachen einzustehen (s). — Endlich, als der allgemeinste und wichtigste Fall, das formlose Ver-

(p) *L.* 1 *C. de j. emph.* (4. 66) ... „hoc jus tertium esse constituimus, ... et justum esse validumque contractum“ ... — § 3 *J. de loc.* (3. 24) „... lex Zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractus propriam statuit naturam“ ...

(q) *L.* 7 § 5. 6 *de pactis* (2. 14), *L.* 13 *C. eod.* (2. 3), *L.* 27 *de R. J.* (50. 17). — Eine ähnliche Erweiterung auf pacta adjecta, obgleich auf anderem Wege, fand auch Statt bei der Stipulation und manchen anderen stricti juris Contracten. Vgl. System B. 6 § 268.

(r) *L.* 3 § 1 *L.* 15 *L.* 32 § 12 *de receptis* (4. 8). — Jedoch läßt sich nach den Ausdrücken dieser Stellen zweifeln, ob eine eigentliche Klage (im jus ordinarium) gemeint war, oder vielmehr ein prätorischer Zwang extra ordinem, z. B. durch mulcta. L. 32 cit.

(s) Dig. Lib. 4 tit. 9.

sprechen, für irgend eine, eigene oder fremde, Schuld einzustehen, selbst wenn diese bis dahin eine klaglose war (constitutum) (t). Neuere Schriftsteller nennen diese Verträge pacta praetoria (u).

4. Andere Fälle formloser Verträge wurden durch kaiserliche Constitutionen für klagbar erklärt, worauf neuere Juristen mit Unrecht den Ausdruck pacta legitima anwenden (§ 52. i). — Dahin gehört das formlose Schenkungsversprechen (v). — Ferner das formlose Versprechen einer Dos (w).

Die zuletzt erwähnten Classen von Verträgen hatten durchaus die Natur der alten consensu contractae obligationes, und sind bloße Erweiterungen derselben. Daß sie in unseren Rechtsquellen nicht unter diesen aufgeführt und mit dem Namen derselben belegt wurden, erklärt sich nur daraus, daß sie nicht schon zu dem System des alten jus

(t) Dig. Lib. 13 tit. 5. Die praktische Wichtigkeit des constitutum, im Vergleich mit der Stipulation, lag darin, daß dasselbe auch unter Abwesenden, durch Briefwechsel, möglich war, also zur großen Erleichterung des Handelsverkehrs von Rom mit Italien und den Provinzen diente.

(u) Mit Unrecht wird von Manchen dahin gerechnet das sog. pactum hypothecae. Allerdings entspringt aus einem formlosen Vertrag über Verpfändung eine in rem actio auf das Pfand (die hypothecaria actio), *L.* 4 *L.* 23 §. 1 *de pign.* (20. 1), allein darin liegt keine Obligation gegen irgend eine Person.

(v) *L.* 35. § 5 *C. de don.* (8. 54), in Verbindung mit *L.* 36 § 3 *C. eod.* — § 2 *J. de don.* (2. 7), *Nov.* 162 *C.* 1. — Vgl. System B. 4 § 157. e. f.

(w) *L.* 6 *C. de dotis promiss.* (5. 11).

civile gehörten, sondern einer späteren Zeit, und anderen Quellen, ihr Daseyn verdankten (x).

Zur Ergänzung dieser Betrachtung über die geschichtliche Entwickelung der Verträge gehört nun noch die genauere Feststellung des quellenmäßigen Sprachgebrauchs. Dieser ist bereits im Allgemeinen dahin angegeben worden, daß, in dem System des alten Civilrechts, contractus den klagbaren Vertrag bezeichnete, pactum den klaglosen (§ 72). Klagbar aber konnte, von dem Standpunkt jenes Systems aus, nur derjenige Vertrag heißen, welcher durch eine Klage des alten Civilrechts geschützt war.

Die so eben dargestellte geschichtliche Entwickelung hat nun aber dahin geführt, daß im Laufe der Zeit, und unabhängig von dem alten Civilrecht, gar manche Verträge außer den alten contractus klagbar wurden. Damit hat sich der alte Sprachgebrauch nicht geändert, so daß die Gränze zwischen contractus und pactum stets dieselbe blieb. Nur konnte man jetzt nicht mehr sagen, daß pactum die allgemeine Bezeichnung der klaglosen Verträge sey. Vielmehr waren jetzt nicht wenige, und nicht unwichtige, pacta

(x) Es waren pacta, nicht contractus. Da man sie aber doch auch nicht *nuda* pacta nennen konnte, indem sie Klagen erzeugten, so ist man dadurch auf den nicht glücklichen Gedanken gekommen, sie *vestita* pacta zu nennen. Dieser Name steht schon in der Glosse *Igitur* zu *L.* 7 § 4 *de pactis* (2. 14).

in der That klagbar geworden. Für diese aber fehlte es nunmehr an einer collectiven Bezeichnung, so daß von dieser Zeit an die alten Kunstausdrücke nicht mehr vollständig und ausreichend waren (y).

Zum Schluß müssen nur noch einige Abweichungen von jenem vorherrschenden Sprachgebrauch erwähnt werden, die sich hin und wieder bei den alten Juristen finden, jedoch niemals zu einer allgemeineren Anerkennung geführt haben.

So wird in mehreren Stellen der Ausdruck contractus als die allgemeine Bezeichnung für die Entstehung der Obligationen überhaupt gebraucht, also selbst mit Einschluß der Delicte (z).

Anderwärts findet sich diese Ausdehnung in einem etwas geringeren Grade, indem contractus blos die Rechtsgeschäfte bezeichnet, also Contracte und Quasicontracte, nicht die Delicte (aa).

(y) Die Wahrnehmung dieses Mangels war es, die auf die Eintheilung der pacta in nuda und vestita geführt hatte (Note x).

(z) *L.* 52 *de re jud.* (42. 1) „... ex male contractu et delicto oritur“. — *L.* 9 *pr. de duob. reis* (45. 2) „.. sed et ceteris contractibus, veluti emtione, venditione ... commodato, *testamento*“ ... — *L.* 20 *de jud.* (5. 1). — *L.* 15 *de don.* (39. 5). — *L.* 22 *de accus.* (48. 2).

(aa) *L.* 16 *de neg. gest.* (3. 5). — *L.* 23 *de R. J.* (50. 17). — GAJUS Lib. 3 § 88.

Wieder in anderen Stellen hat contractus sogar eine engere Bedeutung, als die, welche ihm in dem herrschenden Sprachgebrauch zukommt; es werden dann nur die bonae fidei contractus so genannt, also mit Ausschluß der Stipulation und des Darlehens (bb).

In Einer Stelle endlich wird der Ausdruck noch enger beschränkt, indem er nur für die consensu contractae obligationes angewendet wird (cc).

Diese Abweichungen sind hier der Vollständigkeit wegen bemerklich gemacht worden. Einen Einfluß auf das System im Ganzen, oder auch nur auf einzelne Sätze des praktischen Rechts, haben sie niemals gehabt.

§. 74.

I. Vertrag. D. Regelmäßige Wirkung (Fortsetzung).

Bisher ist das System der Verträge, so wie es bei dem Abschluß des alten Civilrechts erscheint, dargestellt worden (§ 72). Hiernach waren die Verträge theilweise klagbar, theilweise nicht klagbar; jene waren mit vollständiger Wirksamkeit versehen, diese entbehrten eine solche. — Diese Darstellung ist sodann ergänzt worden durch die An-

(bb) *L.* 31 *depos.* (16. 3). — *L.* 4 *C. de O. et A.* (4. 10).

(cc) *L.* 19 *de V. S.* (50. 16). Diese Stelle gehört zur Lehre von der in integrnm restitutio, worin die Ausdrücke vorkommen: actum, gestum, contractum, die hier erklärt werden sollten. Vgl. *L.* 1 *quod metus* (4. 2), *L.* 2 § 1 *de cap. min.* (4. 5), die durch die Inscription mit jener Stelle zusammen hängen.

gabe der wichtigsten geschichtlichen Entwickelungen, welche innerhalb jenes Systems eingetreten sind (§ 73).

Allein die Darstellung dieser Lehre würde unvollständig und unbefriedigend bleiben, wenn nicht der angegebenen Unterscheidung, auf welche hierin Alles ankommt, eine bis dahin nicht berührte Untersuchung hinzu gefügt würde, ich meine die Untersuchung des Grundes und der Bedeutung jenes Unterschiedes. Wir müssen also noch die Frage beantworten: Aus welchem Grunde sind manche Verträge klagbar, manche aber nicht, da doch der Begriff des Vertrags, das allgemeine Wesen desselben, in allen gleichmäßig wahrgenommen wird.

Diese Untersuchung ist wichtig, und nicht ohne eigenthümliche Schwierigkeiten. Um sie zu vereinfachen und zu erleichtern, wollen wir zunächst die geschichtlichen Entwickelungen als abgethan ansehen, und uns auf den Standpunkt des Justinianischen Rechts stellen. Zu demselben Zweck aber wollen wir sogar noch einen Schritt weiter gehen, und in willkürlicher Abstraction einen Zustand des praktischen Rechts voraussetzen, wie er in keiner Zeit des Römischen Rechts wirklich vorkommt. Wir wollen annehmen, es habe überhaupt nur zweierlei Verträge gegeben: den formellen Vertrag (die Stipulation), welche klagbar war, und den formlosen Vertrag, (das nudum pactum), welcher nicht klagbar war, aber stets durch die Willkür der Parteien in einen formellen verwandelt, und dadurch höchst wirksam gemacht werden konnte. Von diesem willkürlich gewählten

Standpunkt aus ignoriren wir also einstweilen die re und die consensu contractae obligationes, die doch schon im alten Civilrecht höchst wichtig, und unzweifelhaft klagbar waren. Was aber hier einstweilen ignorirt wird, soll darum nicht vergessen bleiben, sondern unverzüglich wieder zu seiner gebührenden Anerkennung gelangen.

Von jenem willkürlich begränzten Standpunkt aus fragen wir nunmehr: Was hat die Stipulation vor dem bloßen Pactum voraus, um ein Klagrecht zu erzeugen, welches jenem versagt wird, obgleich das allgemeine Wesen des Vertrags in beiden wahrzunehmen ist? (a)

Wenn wir die Entstehungsgeschichte eines einzelnen Vertrages genau erwägen, und den ersten Gedanken an denselben mit dem völligen Abschluß vergleichen, so finden wir, daß zwischen diesen beiden Zuständen oft eine Reihe von zweifelhaften, unentschiedenen Gedanken in der Mitte liegt. Da nun offenbar der Richter, welcher über den Vertrag zu entscheiden hat, die Wirkung desselben (die Klagbarkeit) nur an den wirklichen und vollendeten Entschluß zu knüpfen hat, dieser Zustand aber mit jenen Zwischenzuständen leicht verwechselt werden kann, so daß der Richter hierin zweifeln oder fehl greifen kann, so würde es ein

(a) Dieselbe Frage ist schon oben erörtert worden in der allgemeinen Lehre von den Willenserklärungen, von welchen ja der Vertrag nur eine einzelne, vorzüglich wichtige, Anwendung enthält. Vgl. System B. 3 § 130 S. 238. — Hier mußte die Frage von Neuem aufgenommen, und mehr im Einzelnen durchgeführt werden.

großer Vortheil für die Rechtssicherheit seyn, wenn ein untrügliches Kennzeichen vorhanden wäre, durch welches der vollendete Entschluß von den eben erwähnten Vorbereitungen und Uebergängen unterschieden werden könnte. Diesen Vortheil nun gewährt die Anwendung des formellen Vertrages, also, wenn wir die Sache von dem oben gewählten Standpunkt betrachten, die Anwendung der Römischen Stipulation, verglichen mit dem bloßen Pactum. Im Fall der Stipulation konnte der Richter mit Sicherheit den vollendeten Entschluß, also den wahren Vertrag, annehmen, und alle Wirkungen desselben eintreten lassen.

Hieran aber knüpft sich noch eine andere, allerdings verwandte, Betrachtung. Für das Gedeihen des Rechtsverkehrs ist es wünschenswerth, daß Verträge nicht übereilt, sondern in besonnener Ueberlegung der daraus entspringenden Folgen, geschlossen werden. Die Natur des formellen Vertrags (wie der Römischen Stipulation) führt dahin, die besonnene Ueberlegung zu wecken, also jenen wünschenswerthen Zustand zu befördern (b).

So führt also der formelle Vertrag einen doppelten

(b) Der hier erwähnte Vortheil des formellen Vertrags tritt noch stärker hervor in denjenigen Formen des älteren Rechts, welche, wie die nexi obligatio, eine symbolische Natur an sich trugen. Vgl. System B. 3 S. 238. — Aehnlich ist die Natur des Eides, der keinen anderen Zweck hat, als in dem Schwörenden die erhöhte Stimmung des religiösen Ernstes hervor zu rufen. — Vgl. auch den humoristischen Aufsatz von J. Möser: Also sollte man die römischen Stipulationen wieder einführen. (Patriotische Phantasien Th. 2 S. 248. Berlin 1776).

Vortheil mit sich, indem er erstlich zu einer sicheren Unterscheidung des vollendeten Entschlusses, also des wahren Vertrages, von der bloßen Vorbereitung desselben, führt, und indem er zweitens in den Parteien den wünschenswerthen Zustand der Besonnenheit befördert. Wir können dem ersten Vortheil eine objective, dem zweiten eine subjective Natur zuschreiben.

Es würde unrichtig seyn, die Sache so aufzufassen, als hätte ein weiser Gesetzgeber, in Erwägung dieser Vortheile, den formellen Vertrag erfunden und gesetzlich vorgeschrieben. So ist es nicht geschehen (c), ja wenn es versucht worden wäre, so würden die erwähnten Vortheile gerade nicht in der erwähnten Weise, wenigstens nicht in gleichem Grade, eingetreten seyn. Vielmehr beruhte jene juristische Form auf uralter Volkssitte, und eben weil sie in dem Volksbewußtseyn niedergelegt war, konnte sie als sicheres Zeichen des vollendeten Entschlusses dienen, und zugleich die wünschenswerthe Stimmung des besonnenen Ernstes befördern.

In dieser ganzen Betrachtung ist die Römische Stipulation als der Repräsentant des formellen Vertrages über-

(c) Allerdings kommen auch solche willkürliche Vorschriften von Formen für manche Verträge vor, und zwar sowohl im neueren Römischen Recht, als in der heutigen Zeit. Vgl. § 72 Note d. Allein diese Vorschriften sind von jenen ursprünglichen formellen Verträgen verschieden, und zwar sowohl in ihrer Entstehung, als in ihren Zwecken, wiewohl sie die oben dargestellten Vortheile, theilweise und in minderem Grade, gleichfalls zu erzeugen geeignet sind.

haupt behandelt worden, gleich als ob beide Begriffe identisch wären. Das sind sie aber offenbar nicht, vielmehr muß es als etwas an sich zufälliges angesehen werden, daß die Römer gerade die mündliche Frage und Antwort, so viele Jahrhunderte hindurch, als die Grundlage ihres gesammten Geschäftsverkehrs behandelt haben. Erwägen wir nun noch die besondere Natur der Stipulation, so entsteht die Frage, ob etwa mit dieser noch besondere Folgen in Beziehung auf die Förderung des Verkehrs verbunden seyn mochten, unabhängig von den eben dargestellten allgemeinen Vortheilen des formellen Vertrags überhaupt.

Solche besondere Folgen lassen sich nach zwei Seiten hin wahrnehmen, indem die Stipulation theils Vortheile, theils Nachtheile, eigenthümlicher Art mit sich führt.

Als besonderer Vortheil der Stipulation kann es betrachtet werden, daß bei ihr der gleichzeitige Wille beider Parteien völlig unzweifelhaft ist, wodurch viele und wichtige Zweifel beseitigt werden, welche bei anderen Formen der Verträge theils über das Daseyn der Obligation an sich, theils über manche entferntere Beziehungen derselben, entstehen können (§ 71. f). — Ferner konnte es als ein Vortheil der Stipulation angesehen werden, daß durch sie der willkürliche Einfluß des Prätors auf die Leitung des Prozesses eingeschränkt wurde, indem die Fassung der intentio mit der Fassung der Stipulationsformel wörtlich übereinstimmen mußte (d).

(d) Gajus IV. § 53 am Schluß der langen Stelle.

Dagegen ist es als eigenthümlicher Nachtheil der Stipulation anzusehen, daß sie nur unter solchen Personen zu Stande kommen kann, welche sich gleichzeitig an demselben Orte aufhalten, wodurch bei einem ausgedehnten und lebhaften Handelsverkehr die größte Schwierigkeit entsteht (e). Hierin zeigt sich eine merkwürdige Folge der Entstehung des Römischen Rechts zum Gebrauch eines einzelnen Stadtgebietes. Ferner erklärt sich hieraus die Abhülfe, die man durch die Aufstellung und häufige Anwendung des Constitutum zu gewähren suchte, indem dadurch klagbare Verträge durch Briefwechsel in großer Ausdehnung möglich wurden (§ 73. t).

§. 75.

I. Vertrag. D. Regelmäßige Wirkung (Fortsetzung).

Wer nun etwa, durch die eben angestellte Betrachtung überzeugt, geneigt seyn möchte, auf die Anwendung des formellen Vertrags mit mir ein großes Gewicht zu legen, könnte dabei leicht zu manchen Uebertreibungen verleitet werden, welche nun noch besonders in's Auge zu fassen sind.

(e) Allerdings war jede Stipulation unter Abwesenden dadurch möglich zu machen, daß der Stipulator einen seiner Sklaven zu dem Gegner reisen ließe. Allein die Unbehülflichkeit und Kostspieligkeit dieses Verfahrens, besonders bei großen Entfernungen, ist sehr einleuchtend.

Auch das bloße Pactum, der formlose Vertrag des Römischen Rechts, erzeugt positive Wirkungen (a); auch ihm liegt zum Grunde das Daseyn eines wahren Vertrags (b), dessen irrige Annahme, in Verwechselung mit blos vorbereitenden Erklärungen (§ 74), den Richter zu einer ungerechten Beurtheilung des Schuldners verleiten kann. So könnte es scheinen, daß auch schon das bloße Pactum, mit der daraus folgenden naturalis obligatio, nur durch den formellen Vertrag gegen Mißverständniß sicher gestellt werden könnte, und daß die entgegengesetzte Annahme des Römischen Rechts als Inconsequenz betrachtet werden müßte. — Darauf ist zu antworten, daß hierin das Mehr oder Weniger entscheidend ist. Ja es ist nicht blos eine geringere Wirkung, wodurch sich der klaglose Vertrag von dem klagbaren unterscheidet, sondern die Wirkung desselben ist auch ganz von zufälligen Umständen abhängig, anstatt daß sie bei dem klagbaren Vertrag ganz von der Willkür des Glaubigers abhängt. Daher kann sich bei dem bloßen Pactum der angebliche Schuldner durch Vorsicht gegen Nachtheile schützen, und daher konnte hier die Beurtheilung dem freien Ermessen des Richters ohne Gefahr überlassen bleiben.

Weit scheinbarer ist der Vorwurf der Inconsequenz bei denjenigen Verträgen, die von mir zum Behuf der einfacheren Untersuchung einstweilen außer Rechnung gelassen

(a) Obligationenrecht B. 1 § 8. 9.

(b) *L.* 1. § 2 *de pactis* (2. 14): „Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus“.

worden sind (§ 74), und zu deren Erwägung ich jetzt zurückkehre. Dieses sind die re und consensu contractae obligationes (§ 73). Diese sind eben so klagbar, also für den Schuldner eben so gefährlich, wie die Stipulation, und es ist bei ihnen dieselbe Verwechselung des wahren Vertrags mit der bloßen Vorbereitung desselben möglich, wie bei allen anderen Verträgen. Daher erscheinen sie von unserem Standpunkte aus als reine Ausnahmen von der Regel, und man könnte geneigt seyn, sie als ungerechtfertigte Ausnahmen anzusehen. Ob sie dieses sind, kann nur die Erwägung der einzelnen dahin gehörenden Fälle ergeben, zu welcher ich mich jetzt wende.

Am leichtesten ist der Einwurf der Inconsequenz zu beseitigen bei den Vier alten Realcontracten (§ 73). Bei diesen wird der entschiedene Ernst des von beiden Parteien gefaßten Entschlusses, auch ohne irgend eine besondere Form der Willenserklärung, völlig gewiß durch die bloße Thatsache des Gebens und Empfangens; aus dieser Thatsache geht nicht blos das ernstlich gewollte Daseyn einer klagbaren (völlig wirksamen) Obligation überhaupt hervor, sondern auch der Inhalt dieser Obligation, welche gerade auf die Rückgabe des Empfangenen, und auf nichts Anderes, gerichtet ist (c). — Dieser letzte Grund paßt nun allerdings

(c) Dieses wird besonders anschaulich, wenn man das Darlehen oder das Commodat, als Realcontracte, vergleicht mit dem bloßen pactum de mutuo oder de commodato contrahendo, deren Klagbarkeit nur durch eine Stipulation begründet werden

nur auf die Vier alten Contracte dieser Classe, nicht auf die s. g. Innominatcontracte, deren Zulassung unter die formlosen, und dennoch klagbaren, Verträge, also nicht in gleichem Grade gerechtfertigt erscheint, wie bei jenen. Denn bei dem Tausche z. B. ist zwar das Daseyn einer Obligation durch das ursprüngliche Geben und Empfangen hinreichend gerechtfertigt, allein die Natur und der Umfang der Gegenleistung bleibt dabei noch immer unbestimmt, so daß diese Verträge als gemischt aus res und consensus erscheinen, und daß ihre Klagbarkeit, in Ermangelung einer Stipulation, bezweifelt werden mochte. Auch erklärt es sich hieraus, daß die Klagbarkeit dieser Verträge erst später, allmälig, und zögernd, anerkannt wurde, indem zuletzt doch die Einwirkung des Gebens und Empfangens auf Begründung einer Klage als das Ueberwiegende betrachtet wurde, nach der Analogie der Consensualcontracte (§ 73. l. m).

Zweifelhafter scheint die Rechtfertigung der Consensualcontracte als klagbarer Verträge, auch wenn sie ganz formlos geschlossen waren. Hier müssen wir mehr in das Einzelne gehen.

Betrachten wir zuerst den Kauf und den Miethvertrag, die eine unverkennbare Verwandtschaft zu einander haben (d). Beide haben Das mit einander gemein, daß sie für den täglichen, ja stündlichen, Verkehr unentbehrlich sind, und daß sie dabei in den verschiedensten Abstufungen des

(d) *L.* 2 *locati* (19. 2).

Umfangs und der Wichtigkeit vorkommen. Durch diese Eigenschaft mußten sie sich jeder erschwerenden Form, die für den Verkehr allzu lästig, ja unerträglich, geworden wäre, entziehen; aus demselben Grunde aber wurde für sie eine solche Form auch entbehrlich. Denn da Jeder in die Lage kommt, solche Verträge, meist oft und viel, zu schließen, und also auch ihrer Folgen sich bewußt zu werden, so liegt in der besonderen Natur dieser Verträge, ja schon in ihrem bloßen Namen, ein ähnliches Mittel, das Rechtsbewußtseyn zu wecken, und die ernstliche Willenserklärung als Thatsache außer Zweifel zu setzen, wie wir es oben (§ 74) in dem formellen Vertrag wahrgenommen haben. — Recht anschaulich wird diese Natur der erwähnten Verträge, wenn wir den Kauf mit dem Tausch vergleichen. Diese beiden Rechtsgeschäfte haben unter einander eine so große Aehnlichkeit, daß sie nur in einem ganz geringfügig erscheinenden Stück verschieden sind, indem bei dem Kauf die Gegenleistung in Geld besteht, bei dem Tausch in einer von dem Geld verschiedenen Sache. Gerade hierin aber liegt es, daß der Kauf für das Bedürfniß des täglichen Verkehrs so wichtig und unentbehrlich ist, anstatt daß der Tausch schon weit seltener vorkommt und weniger unentbehrlich ist. Daher konnte man unbedenklich den Tausch nach allgemeinen Rechtsregeln beurtheilen lassen, ohne ihm eine Ausnahme-Stellung zu geben; er wurde also früherhin nur klagbar durch gegenseitige Stipulationen; späterhin sollte auch schon die einseitige Leistung hinreichen, eine Klage auf

die gegenseitige Leistung zu begründen, weshalb der Tausch in die Reihe der so eben erwähnten sogenannten Innominatcontracte gehört.

Eine ganz andere Natur haben das Mandat und die Societät, die wir gleichsam als die zweite Gruppe der Consensualcontracte ansehen können. Diese erscheinen nicht so, wie der Kauf und der Miethcontract, als unentbehrliche, stets sich wiederholende, Bestandtheile des täglichen Lebensverkehrs, wohl aber treten bei ihnen andere Rücksichten ein, wodurch die Klagbarkeit auch ohne Stipulation gerechtfertigt wird. Als wichtigster Gegenstand einer Klage erscheint nämlich hier die Rechenschaft, welche abzulegen ist, wenn der Bevollmächtigte für den Herrn des Geschäfts, oder der Gesellschafter für die Gesellschaft, Etwas in seinen Besitz bekommen, vielleicht auch zu bekommen durch seine Schuld versäumt hat. Diese Verpflichtung aber hat ganz die Natur einer re contracta obligatio, wodurch ihre Klagbarkeit von selbst gerechtfertigt wird. Ganz verschieden davon ist die Verpflichtung, den übernommenen Auftrag zu besorgen, oder die eingegangene Gesellschaft mit ihren Vortheilen und Gefahren fortzusetzen. Diese Verpflichtung kann nach Umständen sehr lästig und gefährlich werden, und es scheint also bedenklich, auch in dieser Hinsicht den formlosen Vertrag zuzulassen. Aber gerade gegen diese Nachtheile und Gefahren schützt das regelmäßige Recht der Kündigung, welches jeden einzelnen Theilnehmer an diesen Verträgen gegen die künftige Zeit sicher stellt.

Zur vollständigeren Rechtfertigung der formlosen, und dennoch klagbaren, Real- und Consensual-Contracte muß aber noch folgende Betrachtung hinzugefügt werden. Fast alle diese Verträge (nämlich nur mit der einzigen Ausnahme des Darlehens) wurden geschützt durch bonae fidei actiones. Das hatte aber den Sinn, daß sie auf Treue und Glauben geschlossen wurden, also zunächst unter dem Schutze der bei rechtlichen Menschen üblichen Sitte stehen sollten, die hier, auch ohne richterliche Einwirkung, meist ausreichen mochte. In den Fällen nun, worin dieser Schutz nicht ausreichte, wie denn auch bei aller Rechtlichkeit von beiden Seiten leicht eine Verschiedenheit der Meinungen entstehen kann, sollten sich die Parteien dem Ausspruch eines von ihnen frei erwählten Schiedsrichters unterwerfen. Diesem arbiter wurde, eben wegen seiner Ernennung durch freie Wahl, ein besonders freies Ermessen in der Entscheidung überlassen (e). Es war daher ganz consequent, ihm das freie Urtheil auch über die Frage zu gestatten, ob das formlose Geschäft noch in den Gränzen einer bloßen Vorbereitung geblieben, oder ob es zu einem wahren, vollständigen Vertrag gediehen war.

In der bisher versuchten Rechtfertigung habe ich absichtlich nicht die von manchen Schriftstellern aufgestellte Ansicht geltend gemacht, als ob diese, auch in ihrer Form-

(e) Vgl. System B. 5 § 219 und Beilage XIII. Num. XII. XIII. — *L.* 2 § 3 *de O. et A.* (44. 7) „Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri *ex bono et aequo* praestare oportet“ (aus Gajus III. § 137).

losigkeit klagbaren, Verträge etwa einer neueren Zeit der Rechtsbildung angehört hätten, einer Zeit, worin man die ursprüngliche, strenge Ansicht des Rechts nicht mehr festzuhalten vermochte. Ich habe Dieses deswegen nicht gethan, weil ich die eben erwähnte Ansicht überhaupt für unbegründet halte (f). Anders also verhält es sich hierin mit den unzweifelhaft neueren Arten formloser, und dennoch klagbarer, Verträge, welche von neueren Schriftstellern mit einem ungeschickten Ausdruck als pacta vestita bezeichnet werden (§ 73). Die Klagbarkeit dieser Verträge, verglichen mit unserem allgemeinen Grundsatz, soll nun noch zum Schluß einer kurzen Betrachtung unterworfen werden, wobei es sich zeigen wird, daß es für mehrere dieser Fälle auch an einer Rechtfertigung aus inneren Gründen nicht fehlt.

Die pacta adjecta (§ 73. q) sind Bestandtheile von bonae fidei Contracten, und es ist daher auch auf sie Dasjenige anzuwenden, welches so eben in Beziehung auf diese Classe von Contracten ausgeführt worden ist.

Die Klagbarkeit des receptum eines Schiedsrichters (§ 73. r) erklärt sich daraus, daß das mit so geringer Last verbundene Versprechen gewissermaßen schon als die Erfüllung einer allgemeinen Bürgerpflicht angesehen werden konnte.

Bei dem receptum der Wirthe u. s. w. (§ 73. s) wird ausdrücklich die polizeiliche Rücksicht als Grund der Klage

(f) Vgl. System B. 5 § 220 und Beilage XIV. Num. XLVII.

aus dem formlosen (selbst stillschweigenden) Versprechen angegeben, indem die betrügerische Natur dieser Menschenclasse sonst gar nicht zur Sicherung der rechtlichen Leute in Schranken gehalten werden könnte (g).

Die Klagbarkeit des formlosen constitutum (§ 73. t) rechtfertigt sich nicht blos durch das, allerdings vorhandene, praktische Bedürfniß für den Handelsverkehr, sondern auch aus einem inneren Grunde. Das Wesen dieses Geschäfts besteht in der Rücksicht auf eine bereits vorhandene Obligation, welche übrigens auch die Schuld eines Dritten, und auch etwa eine naturalis obligatio, seyn darf. In dieser Rücksicht kann eine eben so starke Aufforderung an das Rechtsbewußtseyn des constituirenden Schuldners wahrgenommen werden, als nur immer in der Beobachtung einer äußeren Vertragsform.

Die Klagbarkeit des formlosen Versprechens einer Dos (§ 73. w) rechtfertigt sich durch die auch in anderen Anwendungen vorkommende, an sich wohlbegründete, Begünstigung dieses Rechtsinstituts, als eines Mittels zur Förderung der Ehe und Kindererziehung (§ 71. p. q).

Was aber die Klagbarkeit des formlosen Schenkungsversprechens (§ 73. v) betrifft, so weiß ich dafür durchaus keinen rechtfertigenden Grund anzugeben, da kaum irgend ein Vertrag so sehr, als dieser, der Gefahr des Leichtsinns und der Uebereilung ausgesetzt ist. Wäre dabei nur von

(g) *L.* 1 § 1 *nautae, caupones* (4. 9).

ganz geringfügigen Schenkungen die Rede, so möchte diese Ausnahme von der Regel noch hingehen. Da aber gerade Justinian die schützende Form der Insinuation bis auf die hohe Summe von 500 Solidi hinauf gerückt hat, so vermag ich jene Ausnahme durchaus nicht zu rechtfertigen.

§. 76.

I. Vertrag. D. Regelmäßige Wirkung. — Heutiges Recht.

Bisher ist das Römische System der klagbaren und klaglosen Verträge dargestellt worden (§ 72—75), welches sich im Wesentlichen auf folgende Sätze zurück führen ließ. Die Stipulation, als einziger formeller Vertrag des Justinianischen Rechts, war klagbar. Einige besondere Arten der Verträge, auch wenn sie formlos geschlossen wurden, waren gleichfalls klagbar. Alle übrigen formlosen Verträge (die nuda pacta) waren nicht klagbar. — Dieser letzte Satz, die Klaglosigkeit der nuda pacta, kann als der charakteristische Grundzug des Römischen Systems der Verträge angesehen werden. Derselbe ist gleichbedeutend mit der regelmäßigen Nothwendigkeit der Stipulation als Bedingung der Klagbarkeit, und beide Sätze sind nur verschiedene Ausdrücke einer und derselben Grundansicht, so daß jeder derselben nur in der Ergänzung durch den anderen eine praktische Bedeutung hat.

Wir haben nun zu untersuchen, wie sich unser heutiges Recht zu diesem Römischen System verhält.

Nach der fast allgemeinen Lehre der Schriftsteller über das heutige Recht ist das Römische System in neueren Staaten niemals zur Anwendung gekommen, und zwar ist diese Abweichung so zu denken, daß die Römische Stipulation nie angewendet wird, und daß der formlose Vertrag an sich eben so klagbar ist, wie es bei den Römern die Stipulation war. Ich will zunächst diese Behauptung, mit der in dieselbe aufgenommenen geringen Einschränkung, etwas näher bestimmen.

Nur wenige deutsche Schriftsteller haben, im Widerspruch mit dieser Behauptung, die heutige Fortdauer des Römischen Systems vertheidigt (a), und zwar meist nur in vorübergehender Weise, als eine Art von Paradoxie, und ohne eine bestimmte Behauptung über die Art der heutigen Ausführung des Römischen Systems aufzustellen. — Dagegen behauptet Duarenus, einer der berühmtesten Juristen der Französischen Schule, noch zu seiner Zeit werde kein Vertrag ohne Stipulation geschlossen (b), und selbst unter

(a) So z. B. STRAUCH Dissert. Jenae 1666. 4, Diss. XII. § X, MÜLLER ad Struv. syntagm. Ex. VI. § 17. — Vgl. Glück Pandekten B. 4 § 312 Note 32.

(b) DUARENUS in tit. D. de verb. obl., am Schluß der Vorrede ad lectorem, Opp. Lucae 1766 f. Vol 3 pag. XXX: „Argumento illud sit, quod hodie *nullius contractus formula absque stipulatione concipitur* . . . In quam sententiam plurima gravissime dicta esse olim memini, a primo Curiae Parisiensis praeside, Aegidio Magistro“.

Kaufleuten erzeuge der formlose Vertrag keine Klage (c). Diese seltsame Behauptung beweist nur, daß der erwähnte Schriftsteller mehr in den Rechtsquellen, als in dem wirklichen Leben einheimisch war (d), und sie ist auch für Frankreich von seinen Zeitgenossen und von späteren Schriftstellern auf das Bestimmteste bestritten worden (e).

Wenn wir nun auch die aufgestellte Thatsache als unzweifelhaft anerkennen, so ist doch die Erklärung derselben nicht ohne Schwierigkeit. Da nämlich das Römische Recht im Ganzen (nicht blos in einzelnen ausgewählten Sätzen) als Grundlage des heutigen gemeinen Rechts von Allen angesehen wird, und da das erwähnte System der Verträge im Justinianischen Recht (nicht etwa blos in dem älteren Recht) unzweifelhaft enthalten ist, so bedarf es allerdings einer besonderen Erklärung, warum in dieser wichtigen, und vorzugsweise praktischen, Frage das Römische Recht nicht für uns gelten soll.

(c) Duarenus in L. 7 § 4 D. de pactis, Opp. Vol. 1 p. 101.

(d) Es kann besonders auffallen, daß Duarenus die wirkliche und allgemeine Fortdauer der Stipulation als Thatsache behauptet, die er doch nicht geradezu erfunden haben kann. Vielleicht erklärt sich diese Behauptung aus den Formularen vieler Notare, die, vom Mittelalter her, Römische Kunstausdrücke (wie z. B. stipulatione subnixa u. s. w.) gedankenlos anwendeten. Vgl. Savigny Geschichte des R. R. im Mittelalter B. 1 § 140, B. 2 § 41. 66. 82. — Darauf, daß ihm schriftliche Formulare vorschwebten, deuten die in der Stelle Note b. gebrauchten Ausdrücke.

(e) So Connanus Comm. Lib. 1 C. 6 Num. 14: „Itaque et apud nos nullum est stipulationis robur, aut certe non majus quam cujusvis nudae pactionis“. Vgl. Hamberger opusc. p. 226.

Es haben sich darüber folgende verschiedene Meinungen gebildet (f).

Manche haben die Erleichterungen in der Form der Stipulation, die das neuere Römische Recht zuließ, so mißverstanden, als wäre dadurch der formelle, rein positive, Charakter der Stipulation selbst aufgegeben worden, die Stipulation also in einen formlosen Vertrag übergegangen (g). Diese Meinung ist schon oben erwähnt und widerlegt worden (§ 73. Noten b bis h). Sie ist nicht nur für das Justinianische Recht unbegründet, sondern auch selbst für die Rechtsquellen neben Justinian und nach Justinian (h).

Andere haben behauptet, das canonische Recht habe in diesem wichtigen Punkte das Römische abgeändert, und so unser heutiges Recht bestimmt (i). Sie berufen sich auf

(f) HAMBERGER de non usu stipulationum Jenae 1714, opusc. Jenae 1740 p. 153—250. Glück Pandekten B. 4 § 312.

(g) So LEYSER Spec. XXXIX. med. 5. — Viele Schriftsteller, die ihn widerlegen, sind angeführt bei Glück B. 4 § 312 Note 35.

(h) PAULUS V. 7 § 2 erwähnt die Vermuthung, welche für die gehörige Beobachtung der Stipulationsform aus einer schriftlichen Urkunde entspringe. Diese Vermuthung wird in der Interpretation allerdings etwas unrichtig ausgedehnt, aber doch nicht so, daß dadurch der formelle Charakter der Stipulation gefährdet wird. — In der NOV. LEONIS 72 wird gewarnt gegen zwei Irrthümer. Man soll bei den Verträgen nicht allzu viel Werth auf die Conventionalstrafen legen, und zwar besonders in dem Fall, wenn in der schriftlichen Urkunde der Schuldner das Zeichen des Kreuzes hinzugesetzt, und die Dreieinigkeit erwähnt habe. Auch darin liegt doch gewiß nicht die Gleichstellung der Stipulation mit einem formlosen Vertrag.

(i) Glück B. 4 § 312 Noten 37. 38. 39, wo auch Schriftsteller von entgegengesetzter Meinung angeführt werden, so daß die ganze Behauptung keinesweges allgemeinen Anklang gefunden hat.

folgenden, in die Decretalen aufgenommenen, Ausspruch einer Africanischen Kirchenversammlung (k). Zwei Bischöffe hatten sich über die Vertheilung von Pfarrgemeinden in ihren Diöcesen vereinigt, und darüber einen schriftlichen Vertrag errichtet. Der eine klagt vor der Versammlung, daß sein Gegner den Vertrag nicht halten wolle, und die Versammlung entscheidet, die Erfüllung des Vertrages müsse durch Kirchenstrafen erzwungen werden (l). — Aus zwei Gründen kann diese Stelle nicht als entscheidend über die hier vorliegende Frage angesehen werden. Zuerst, weil sie nicht von der gerichtlichen Klage vor einem weltlichen Richter spricht, sondern nur von der kirchlichen Aufrechthaltung eines Vertrags, und zwar eines solchen Vertrags, welcher gerade die Diöcesan-Verfassung zum Gegenstand hatte. Zweitens, weil in der ganzen Stelle der Gegensatz der Stipulation und des formlosen Vertrags gar nicht berührt wird. Nach dem Inhalt der Stelle muß angenommen werden, daß der Beklagte die Erfüllung des Vertrags nicht wegen eines Formfehlers verweigerte, sondern aus reiner Willkür, so daß die ganze Stelle eben so, wie wir sie hier lesen,

(k) *C.* 1. *X. de pactis* (1. 35). Daneben führt man auch noch an *C.* 3. *X. eod.*, welche Stelle aber ganz unbestimmt redet, und daher gar nicht in Betracht kommt.

(l) *C.* 1 *cit.* „Aut inita pacta suam obtineant firmitatem, aut conventus, si se non cohibuerit, ecclesiasticam sentiat disciplinam. Dixerunt universi: Pax servetur, pacta custodiantur“. Das heißt also, die ganze Versammlung stimmte dem Antrag des Klägers bei.

lauten könnte und müßte, auch wenn der darin erwähnte Vertrag die Form einer Stipulation gehabt hätte.

Noch Andere, und zwar bei weitem die Meisten, haben jene wichtige Abänderung des Römischen Rechts aus einer allgemeinen deutschen Gewohnheit abzuleiten versucht (m), und zwar so, daß diese Gewohnheit nicht etwa den früherhin auch bei uns gültigen Römischen Grundsatz abgeschafft haben soll, sondern daß durch sie die Aufnahme desselben in Deutschland verhindert worden sey.

Allein dieser Zurückführung auf eine allgemeine deutsche Gewohnheit stehen wichtige Bedenken entgegen. Man könnte sie auf zweierlei Weise versuchen; entweder unmittelbar, indem man ein gemeinsames Rechtsbewußtseyn der Deutschen Nation, dem Römischen Grundsatz widersprechend, behauptete; oder vermittelt durch gleichförmige Aussprüche der Gerichte, so daß der Gerichtsgebrauch von jenem Rechtsbewußtseyn Zeugniß ablegte (n).

Das erste Verfahren haben Manche auf populäre und triviale Weise eingeschlagen, indem sie sich auf deutsche Treue und Redlichkeit berufen haben, mit dem Motto: ein Wort, ein Wort; ein Mann, ein Mann (o). Soll es auf gründlichere Weise eingeschlagen werden, so müßte es auf dem Beweise beruhen, daß erschwerende Formen der Verträge

(m) Glück B. 4 § 312. Mittermaier Deutsches Privatrecht B. 2 § 272.

(n) Vgl. System B. 1 § 12. 18. 20.

(o) Glück B. 4 § 312 S. 282. 283.

dem Sinne der deutschen Nation zu allen Zeiten fremd und zuwider gewesen wären. Gerade Dieses aber läßt sich durchaus nicht behaupten (p), und der Unterschied vom Römischen Recht liegt vielmehr darin, daß dieses eine durchgehende und bleibende Form der Verträge als entscheidend anerkennt, wovon in Deutschland freilich nicht die Rede seyn konnte.

Um in Wahrheit ein allgemeines Deutsches Gewohnheitsrecht als durchgreifendes Hinderniß für die Aufnahme des Römischen Systems der Verträge behaupten zu können, müßten wir voraussetzen, daß dieses System, also der Gegensatz der Stipulation und des formlosen Vertrags, Gegenstand des Deutschen Volksbewußtseyns hätte seyn können, welches bei jenem, nur durch gelehrte Forschung erkennbaren Gegensatz, völlig undenkbar ist. Selbst bei einem großen Theil des Richterstandes kann ein bestimmtes Bewußtseyn jenes Gegensatzes nicht als vorhanden angenommen werden, so daß also auch der Gerichtsgebrauch nicht als entscheidend über unsere Frage angesehen werden kann.

Bei dem Gerichtsbrauch kommt aber auch noch folgender Umstand in Betracht. In den meisten Fällen des wirklichen Lebens wird die Frage nach der Klagbarkeit des formlosen Vertrags nicht rein und ausschließend als Grund der Entscheidung dienen können, da bei den meisten im Leben vorkommenden Verträgen die Analogie irgend eines Römischen Contracts einen Anhalt der Entscheidung darbieten

(p) Eichhorn Deutsches Recht § 91—93.

wird. Allerdings findet sich Ein Vertrag, und zwar ein sehr häufiger und wichtiger, welcher hierin eine andere Natur hat. Der Zinsvertrag neben einem Gelddarlehen konnte bei den Römern durchaus nur durch Stipulation geschlossen werden, wenn er klagbar seyn sollte (q). Dieser Vertrag kommt bei uns stets im täglichen Verkehr vor, und schwerlich hat jemals ein Gericht daran gezweifelt, den Schuldner auf versprochene Zinsen zu verurtheilen, obgleich der Vertrag nicht durch Stipulation, sondern formlos, geschlossen worden war. In diesem Fall also ist es ganz unzweifelhaft, daß der Römische Gegensatz zwischen Stipulationen und formlosen Verträgen als für uns nicht vorhanden von allen Gerichten anerkannt wird. Aber dieser ganz einzeln stehende Fall kann unmöglich dergestalt als vollgültiger Repräsentant der ganzen Gattung gelten, daß darin ein wahres Zeugniß für ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht, widersprechend dem Römischen System der Verträge, anerkannt werden könnte.

Dennoch ist in dieser Behauptung eines solchen Gewohnheitsrechts ein wahres Element enthalten; dasselbe soll auch unverzüglich zur Geltung gebracht, und nur auf das richtige Maaß zurückgeführt werden.

(q) Vgl. System B. 6 § 268.

§. 77.

I. Vertrag. D. Regelmäßige Wirkung. Heutiges Recht (Fortsetzung).

Wenn nun also das Römische Recht der Verträge weder durch neuere Römische Gesetze, noch durch das canonische Recht, noch durch allgemeine deutsche Gewohnheit, im wahren und eigentlichen Sinn einer solchen, außer Kraft gesetzt worden ist, wie ist es zu erklären und zu rechtfertigen, daß jenes System für unser heutiges Recht nicht gelten soll, da wir doch das Römische Recht im Ganzen als Grundlage unseres Rechts anerkennen? Die Antwort auf diese Frage wird aus folgender Betrachtung hervorgehen (a).

Kein positives Recht kann, als Grundlage des Lebensverkehrs, bestehen, ohne irgend eine Form, wodurch jeder beliebige Vertrag, abgesehen von seinem besonderen Inhalt, bindend und klagbar werden kann. Eine solche Form enthält nun das Römische Recht in der Stipulation, und als wir in Deutschland das Römische Recht im Ganzen annahmen, bildete die Stipulation einen wesentlichen Bestandtheil desselben, so daß wir, nach dem Inhalt der geschriebenen Quellen, die Stipulation mit übernahmen.

Allein das Recht der Stipulation, das heißt die in gewissem Sinne ausschließende Wirkung derselben,

(a) Im Wesentlichen stimmen mit der hier aufgestellten Ansicht überein: Eichhorn Deutsches Recht § 92. Puchta Pandekten § 250, und: Vorlesungen § 250.

ist bedingt durch die Thatsache der Stipulation, also durch ihre wirkliche Uebung, begründet in einer herrschenden Volkssitte, so wie sie bei den Römern in der That erscheint. Eine solche Volkssitte bestand in Deutschland, zur Zeit der Aufnahme des Römischen Rechts, so wie früher und später, entschieden nicht, und es konnte also auch nicht das Recht der Stipulation in Deutschland Anwendung finden. Um diese Schwierigkeit zu vermitteln, also von dieser Seite dem geschriebenen Römischen Recht vollständige Anwendung zu verschaffen, konnte ein Deutscher Gesetzgeber auf den Gedanken kommen, die Stipulation durch Gesetz einzuführen, und zur Bedingung klagbarer Verträge, übereinstimmend mit dem Römischen Recht, zu erheben. Ob dieser Versuch gelungen wäre, ob das Gesetz eine übereinstimmende Volkssitte gebildet hätte, kann bezweifelt werden, denn es war möglich, daß es ein todter Buchstabe geblieben wäre. Aber diese Frage ist sehr gleichgültig, denn es ist unzweifelhaft, daß jener Versuch niemals gemacht worden ist.

Der hieraus hervorgehende Rechtszustand ist so zu denken. Wir erhielten den Grundsatz der klagbaren Stipulation ohne die eigenthümliche Form derselben, die mündliche Frage und Antwort. Durch die von selbst eintretende Abstraction von dieser Form verwandelte sich also für uns die Stipulation unvermerkt, unter unseren Händen, in den formlosen Vertrag, und so kamen wir durch unabwendbare Nothwendigkeit, und ohne Zuthun eines Gesetzgebers, zu dem Grundsatz: Jeder formlose Vertrag ist klagbar. Die

Stipulation war nun zuſammengefallen mit den Conſenſualcontracten und dem nudum pactum (b).

Es iſt nur ein anderer und kürzerer Ausdruck derſelben Anſicht, welcher ſchon oben gebraucht worden iſt (c). Die regelmäßige Nothwendigkeit der Stipulation, als Bedingung einer Klage, und die Klagloſigkeit des formloſen Vertrags, bilden ein untrennbares Ganze, und ſobald wir aus demſelben die poſitive Form der Stipulation hinweg denken, wird von ſelbſt der formloſe Vertrag klagbar.

In dieſer Auffaſſung findet denn auch das ſchon oben (am Schluß des § 76) angedeutete wahre Element in der Annahme eines deutſchen Gewohnheitsrechts ſeine gebührende Anerkennung. Man kann dieſe Gewohnheit als eine negative bezeichnen, indem ſie lediglich darin beſtand, daß

(b) Eine ſehr erläuternde Analogie findet ſich bei der Errichtung der Servituten. Dieſe geſchah im älteren Recht regelmäßig durch die in jure cessio. Gajus Lib. 2 § 29. 30. Ulpianus Tit. 19 § 11. — Im Juſtinianiſchen Recht war die in jure cessio unmöglich geworden, weil die Bedingungen derſelben, die theils in der Gerichtsverfaſſung, theils in dem Prozeßrecht der älteren Zeit, lagen, verſchwunden waren. Daher trat nun an die Stelle der in jure cessio ganz von ſelbſt, und ohne Zuthun eines Geſetzgebers, das Abſtractum derſelben, wenn man ſie von ihren poſitiven, ſymboliſchen Formen entkleidete; dieſes Abſtractum war der einfache Vertrag, den man zu dieſem Zweck nach Belieben formlos abſchließen, oder in die Form einer Stipulation bringen konnte. § 4 *J. de serv.* (2. 3), § 1 *J. de usufr.* (2. 4) („pactionibus et stipulationibus id efficere debet“). Dieſe wichtige Veränderung hatte ſich in den Servituten ſtillſchweigend zugetragen bei dem Uebergang des älteren Rechts in die ſpätere Kaiſerzeit; in dem Syſtem der Verträge bei dem Uebergang des Römiſchen Rechts nach Deutſchland.

(c) Im Eingang des § 76.

man in Deutschland die Form der Stipulation nicht anwendete, an welche Unterlassung dann alle rechtlichen Folgen ganz von selbst sich anknüpften.

Das praktische Ergebniß der hier aufgestellten Lehre geht also dahin, daß in unserem heutigen gemeinen Recht der formlose Vertrag die Stelle der Römischen Stipulation eingenommen hat, daß also auf die Form des klagbaren Vertrags diejenigen Regeln anzuwenden sind, welche das Römische Recht für die Form der Consensualcontracte und der nuda pacta aufstellte (d). Wir entbehren also den Vortheil, welchen die Römer in der Form der Stipulation fanden für die sichere Unterscheidung des vollendeten Vertrags von den bloßen Vorbereitungen und Uebergängen zu einem solchen (§ 74), und wir überlassen es lediglich dem Richter, in jedem einzelnen Fall diese Unterscheidung zu treffen. Eben so entbehren wir den vortheilhaften Einfluß, den die feierliche Form der Stipulation auf die Besonnenheit der Parteien üben konnte, indem wir es den Parteien überlassen, durch besonnene Ueberlegung sich selbst vor Schaden zu wahren.

(d) § 1. 2 *J. de consensu emt.* (18. 1). — *L.* 2 *pr. de obl.* (3. 22), *L.* 1 § 2 *de contr. pactis* (2. 14).

Eine einseitige Auffassung der hier aufgestellten Lehre könnte indessen leicht zu dem Irrthum verleiten, als ob in unserem heutigen Recht eigenthümliche, positive Formen der Verträge überhaupt gar keinen Einfluß ausüben könnten, da ihnen doch in der That ein mannichfaltiger möglicher Einfluß zugeschrieben werden muß. Ein solcher kann entspringen sowohl aus der Willkür der Parteien, als auch aus besonderen Gesetzen.

I. Durch die Willkür der Parteien kann für den Vertrag eine besondere Form als nothwendig vorgeschrieben werden, welches besonders häufig in der Art vorkommt, daß eine schriftliche Abfassung des Vertrags erfordert wird. Dieses kann aber wiederum auf zweierlei Weise geschehen. Erstlich so, daß der Vertrag selbst schon unmittelbar bindend seyn soll, unabhängig von der Anwendung jener Form, so daß diese (namentlich die Schrift) nur zu einem leichteren Beweise zu dienen bestimmt ist. Zweitens aber kann es auch in dem ganz anderen Sinne geschehen, daß zunächst die Parteien noch nicht gebunden seyn wollen, indem die Vollendung und die bindende Kraft des Vertrags erst angenommen werden soll, sobald die verabredete Form angewendet seyn werde. — Wenn nun die Parteien sich deutlich darüber erklärt haben, in welchem Sinne die Form für sie gelten soll, so ist dieser erklärte Wille maaßgebend. Fehlt es an einer solchen Erklärung, wie z. B. wenn die schriftliche Abfassung bedungen wird ohne nähere Bestimmung

ihres Zweckes und ihrer Wirkung, so soll, nach einem Gesetz von Justinian, die zweite oben angegebene Bedeutung des Vertrags angenommen werden. Beide Theile sind nicht eher gebunden, als nachdem die Form freiwillig angewendet ist; vorher kann weder auf die Erfüllung des Vertrags, noch auf die Vollziehung der Form, geklagt werden (e).

Wenn nun etwa zwei eifrige Verehrer des Römischen Rechts einen Vertrag schlössen, die bindende Kraft desselben aber vorerst noch von der Anwendung einer Römischen Stipulationsformel abhängig machten, so ist nicht abzusehen, warum diese Uebereinkunft nicht gelten sollte; sie müßte vielmehr ganz nach dem eben angeführten Justinianischen Gesetz beurtheilt werden (f). Es werden aber auch örtliche Rechte angeführt, in welchen eine solche Form von Verträgen durch mündliche Frage und übereinstimmende mündliche Antwort vorkommt; ohne Zweifel ganz unabhängig von einer Nachahmung aus antiquarischer Liebhaberei (g). Diese Fälle gehören dann nicht, wie die bisher er-

(e) *L.* 17 *C. de fide instr.* (4. 21), *pr. J. de emt.* (3. 23).

(f) In diesem Sinn wird mit Recht die heutige Fortdauer der Stipulationen behauptet von Stryk XLV. 1 § 1, und Berger oecon. for. Lib. 3 Tit. 3 Th. 1 not. 4. — Hamberger opusc. p. 229 fg. scheint auch Dieses nicht gelten lassen zu wollen.

(g) Unterholzner Schuldverhältnisse B. 1 § 31 S. 63: „wie in den Oberschlesischen Bergwerken, wo die Verdingung der Arbeit zwischen dem Steiger und dem Arbeiter durch Befragung und Zusage („Bist Du's zufrieden? Ich bin's zufrieden") zum Abschlusse gebracht wird".

wähnten, in das Gebiet der Privatwillkür, sondern in das des örtlichen Gewohnheitsrechts.

Häufig haben sich Zweifel und Mißverständnisse gezeigt bei dem Vertrag, der auf Abschluß eines anderen Vertrages gerichtet ist (pactum de contrahendo). Was man so nennt, ist oft nichts Anderes, als ein unfertiger, in der Vorbereitung begriffener Vertrag, der natürlich noch keine rechtliche Wirkung haben kann. — In anderen Fällen ist es ein völlig abgeschlossener Vertrag mit blos aufgeschobener Erfüllung. So, wenn Jemand verspricht, sein Haus in Sechs Monaten verkaufen zu wollen um eine gleich jetzt bestimmte Summe. Hier hat er es in der That schon jetzt verkauft, und es soll nur die Uebergabe und die Zahlung des Kaufgeldes nach Ablauf von Sechs Monaten eintreten. Es ist also ein gegenwärtiger Kaufcontract, kein pactum de contrahendo. — Ein wahres pactum de contrahendo ist es, wenn ein Tausch über zwei bestimmte Häuser, oder zwei bestimmte Pferde, verabredet wird. Darauf konnte nach Römischem Recht nur geklagt werden, wenn entweder eine Stipulation geschlossen war (h), oder, wenn Ein Theil geleistet hatte, mit der actio praescriptis verbis (i). Nach dem heutigen Recht kann aus dem formlosen Vertrag jeder Theil auf Erfüllung klagen (k). Eben so

(h) *L.* 3 *C. de rer. permut.* (4. 64).

(i) *L.* 5 § 1 *de praescr. verbis* (19. 5).

(k) Hamberger p. 223 opusc. — Allerdings sind hierin manche Schriftsteller anderer Meinung, indem sie annehmen, daß von

verhält es sich mit dem Vertrag, worin ein Darlehen zu geben versprochen wird (l).

II. Es ist oben gesagt worden, daß nicht blos aus der Willkür der Parteien, sondern auch aus besonderen Gesetzen ein mannichfaltiger Einfluß eigenthümlicher, positiver Formen der Verträge entspringen könne. Ueber die Natur dieses Einflusses, und über die Fälle, worin er wahrzunehmen ist, soll nun noch eine Uebersicht gegeben werden.

Eine merkwürdige Vorschrift solcher Art findet sich in einem alten Reichsgesetz, dem Reichsabschied von 1551 § 78. 79, welcher als ein Bestandtheil unseres deutschen gemeinen Rechts anzusehen ist (m). Nach diesem Gesetz soll die Schuldverschreibung eines Christen an einen Juden nur dann gültig seyn, wenn sie von dem ordentlichen Richter des christlichen Schuldners aufgenommen worden ist; außerdem ist sie nichtig (n).

einem solchen Vertrag jeder Theil willkürlich zurücktreten könne. So z. B. LAUTERBACH de arrha § 69. 104 (Dissertat. Vol. 1. p. 325. 338). Diese Meinung ist höchst inconsequent, und ganz dem wahren Sinn des Römischen Rechts widersprechend. Denn die Römer ließen in diesen Fällen die Stipulationsklage zu (Note h. l), und da wir keine Stipulationen haben, so müßten wir ganz ohne Grund die Möglichkeit entbehren, solche Verträge klagbar abzuschließen.

(l) *L.* 68 *de V. O.* (45. 1). Freilich muß dieser Vertrag, wenn er einen wirklichen Erfolg haben soll, auf eine bestimmte Dauer des Darlehens geschlossen werden; außerdem kann er, noch vor der Erfüllung, durch augenblickliche Kündigung vereitelt werden.

(m) Neueste Sammlung der R. A., Th. 2 S. 622.

(n) In Uebung hat sich dieses Gesetz wohl nicht erhalten. Unterholzner Schuldverhältnisse B. 1 § 31 S. 64.

Der wichtigſte Fall einer nothwendigen Form des Vertrags, wenn gewiſſe rechtliche Wirkungen eintreten ſollen, iſt das Wechſelgeſchäft. Dieſes iſt, an vielen Orten durch wahres Gewohnheitsrecht, an anderen durch örtliche Geſetze, beſonders aber neuerlich durch die Allgemeine Wechſel-Ordnung für Deutſchland (o), an die Beobachtung ſehr ſtrenger ſchriftlicher Formen gebunden. Das hat aber nicht den Sinn, daß, wo dieſe Formen gar nicht, oder in mangelhafter Weiſe, beobachtet ſind, das Geſchäft wirkungslos bleiben müßte; es kann daneben ſtets als eine wahre, und ſelbſt klagbare, Obligation gelten und wirken. Nur die eigenthümlichen Folgen des Wechſelgeſchäfts können dann nicht eintreten; nämlich das beſonders ſchnelle Verfahren, die Execution durch perſönliche Haft, und vorzüglich die Möglichkeit, durch eine und dieſelbe Urkunde, vermittelſt weniger geſchriebener Worte, mehrere, ja ſogar ſehr viele Perſonen in das Schuldverhältniß mit herein zu ziehen.

Wichtig und beachtenswerth ſind in dieſer Hinſicht auch die Geſetze einzelner Länder, die hier noch mit dem Römiſchen Recht verglichen werden ſollen, um dadurch theils die Aehnlichkeit, theils die Verſchiedenheit bemerklich zu machen, die zwiſchen ihnen und den Römiſchen Beſtimmungen über den formellen Vertrag wahrzunehmen iſt.

Nach dem Preußiſchen Landrecht iſt in der Regel der formloſe Vertrag gültig und klagbar. Nur wenn der Ge-

(o) Sie iſt für Preußen publicirt durch die Geſetz-Sammlung von 1849 S. 49.

genstand des Vertrags einen höheren Geldwerth hat, als Fünfzig Thaler, ist eine schriftliche Abfassung erforderlich (p). Für viele einzelne Fälle wird die gerichtliche Eingehung des Vertrags erfordert. Die Vorschrift der schriftlichen Abfassung ist darin strenger, als die der Römischen Stipulation, daß von derselben weder die Consensualcontracte ausgenommen sind, noch auch, in allgemeiner und durchgreifender Weise, die Realcontracte.

Das Oesterreichische Gesetzbuch enthält keine so allgemeine Vorschrift, wie das Preußische Recht, wohl aber die Vorschrift von Formen für manche einzelne Geschäfte (q).

Aehnlicher dem Preußischen Recht ist das Französische bürgerliche Gesetzbuch, indem es für alle Verträge, welche einen höheren Geldwerth, als Hundert und Fünfzig Franken, zum Gegenstand haben, eine schriftliche Urkunde erfordert, also den Zeugenbeweis ausschließt (r).

Wenn wir diese formellen Vorschriften neuerer Gesetze mit dem Römischen Recht vergleichen, so finden wir darin großentheils die Vortheile wieder, welche oben der Römischen Stipulation zugeschrieben worden sind (§ 74). — Sie gewähren auf der einen Seite noch mehr Vortheil, indem sie

(p) Allg. L. R. Th. 1 Tit. 5 § 131, genommen aus einem Edict vom J. 1770.

(q) So z. B. erfordert das Schenkungsversprechen eine schriftliche Urkunde. Oesterr. Gesetzbuch §. 943.

(r) Code civil art. 1341 — 1348. Nur bei einem commencement de preuve par écrit ist eine Ergänzung durch Zeugenbeweis zulässig.

den leichten und sicheren Beweis des Vertrags befördern, auf welchen die Römische Stipulation nicht berechnet war. — Auf der anderen Seite aber ist ihr Vortheil geringer, indem sie die Natur willkürlicher Vorschriften an sich tragen, also nicht so, wie die Römische Stipulation, mit der lebendigen Sitte und dem Bewußtseyn des Volkes im Zusammenhang stehen.

Darin aber ist besonders ein großer Vorzug des Römischen Rechts zu behaupten, daß in demselben die Folgen der fehlenden Form der Stipulation, also die Wirkungen des nudum pactum, durch die ausgebildete Lehre der naturalis obligatio genau bestimmt sind, anstatt daß in den neueren Gesetzen dieser Fall meist schwankend und unbestimmt gelassen ist.

§. 78.

I. Vertrag. D. Regelmäßige Wirkung. — Heutiges Recht (Fortsetzung).

Durch die hier angestellte Untersuchung über die formellen und formlosen Verträge, die Römische Stipulation und den Ersatz derselben im heutigen Recht (§ 72—77), könnte der Gegenstand an sich als erledigt angesehen werden. Es ist aber über denselben neuerlich eine, großentheils abweichende, Lehre aufgestellt worden, deren scharfsinnige und gelehrte Vertheidigung ihr nicht wenig Aner=

kennung zugewendet hat (a). Dadurch wird hier ein literarischer Anhang zu der eben beendigten Untersuchung nöthig, zu welchem ich mich nunmehr wende.

Die erwähnte neue Lehre läßt sich in folgenden Grundzügen darstellen.

Die Stipulation, als ein blos formales Geschäft, kann zwar an sich schon eine Klage begründen; für ihren praktischen Erfolg aber, der in der Zuwendung einer Forderung an das Vermögen des Glaubigers besteht, bedarf sie der Ergänzung durch eine causa, das heißt durch einen Rechtsstoff, welcher sie an irgend ein materielles Rechtsverhältniß anknüpft. — So mag es in der älteren Zeit noch nicht gewesen seyn, sondern erst seit der Zeit, in welcher man die rein formale Richtung verließ, und anfing, sich mit dem materiellen Bestande der Rechtsverhältnisse zu beschäftigen; Dieses geschah theils durch die Juristen, in der Ausbildung der Condictionen, theils durch den Prätor, vermittelst der doli exceptio.

Was hier von der Behandlung der Stipulation bei den Römern gesagt ist, muß völlig eben so auf den formlosen Vertrag im heutigen Recht gelten, da dieser für uns

(a) Liebe die Stipulation Braunschweig 1840 § 7. 8. 29. — Ihm haben sich mehr oder weniger vollständig angeschlossen: Puchta Pandekten § 257, Vorlesungen § 257, Institutionen B. 3 § 271 Num. 4, und Gneist die formellen Verträge, zweite Abtheilung S. 113 —230. — Rudorff in den Anmerkungen zu beiden Stellen von Puchta hat sich gegen diese Lehre erklärt. Eben so Windscheid Lehre von der Voraussetzung S. 198.

die Stelle der Römischen Stipulation eingenommen hat, und deshalb gleichfalls die Natur eines rein formalen Rechtsgeschäfts an sich trägt (b).

Fragen wir nun ferner, worin die causa, oder der Rechtsstoff bestehen kann, der zur Ergänzung der Stipulation (und eben so unseres nudum pactum) hinzutreten muß, so haben wir denselben in einer der drei Classen zu suchen, auf welche sich alle Vermögenszuwendungen zurückführen lassen. Diese heißen: donare, solvere, credere, und jede Stipulation muß daher, um völlig gültig und wirksam zu seyn, geschlossen werden: donandi causa, solvendi causa, oder credendi causa (c).

Was nun zuvörderst die hier aufgestellte Classification der Vermögenszuwendungen betrifft, so ist diese schon früher zu anderen Zwecken versucht worden. Unterholzner hat sie aufgestellt, um die Arten der justa causa aufzuzählen, wodurch die Tradition fähig werde, als Grundlage einer Ersitzung zu dienen (d). Dann hat sie Meyerfeld be-

(b) Hierüber ist zu vergleichen: System B. 5 § 224 Note f. — Die im Text bemerkte Ausdehnung jener neuen Lehre auf den formlosen Vertrag des heutigen Rechts, veranlaßt mich, die gegenwärtige kritische Prüfung zum heutigen Recht zu stellen, obgleich die Vertheidiger jener Lehre zunächst von der Stipulation zu reden pflegen.

(c) Ueber das credere in Verbindung mit der Stipulation ist zu vergleichen: System B. 5 Beilage XIV. Num. X. b.

(d) Unterholzner Verjährungslehre B. 1 § 108.

nutzt, um der Lehre von der Schenkung eine gehörige Stelle in dem gesammten Rechtssystem anzuweisen (e.) Liebe zuerst hat sie angewendet, um sie als Begründung und Bedingung des formalen Vertrags, als unentbehrliche causa der Stipulation, dienen zu lassen.

Indem ich mich jetzt zur Prüfung der eben erwähnten neuen Lehre wende, muß ich an eine Bemerkung erinnern, die ich vor längerer Zeit an einem anderen Orte vorgetragen habe (f). Es gehört unter die wichtigsten Mittel, eine gründliche Einsicht in das Rechtssystem zu fördern, wenn der innere Zusammenhang, die Verwandtschaft, erforscht und dargelegt wird, worin die Rechtsbegriffe und Rechtsregeln zu einander stehen; diese Art der Forschung ist um so ergiebiger, je verborgener oft solche Verwandtschaften sind, und je länger sie sich daher dem Bewußtseyn der Rechtslehrer entzogen haben. Auf der anderen Seite aber giebt es auch nicht selten einen täuschenden Schein solcher Verwandtschaften, welcher nothwendig irre führt; einen solchen Schein aufzudecken, und dagegen zu warnen, fördert gleichfalls die richtige Einsicht, wenngleich nur in negativer Weise.

Für die vorliegende neue Lehre nun, deren Prüfung jetzt unternommen werden soll, finden sich drei Punkte der

(e) Meyerfeld die Lehre von den Schenkungen B. 1 S. 29. 425. Vgl. System B. 4 § 143 Note o.

(f) System B. 1 Vorrede S. XXXVI. XXXVII.

Anknüpfung an wahre, unzweifelhafte, Sätze unseres Rechtssystems, und in jedem dieser Punkte glaube ich einen täuschenden Schein der Art nachweisen zu können, wie er so eben als Aufgabe heilsamer Erforschung und Warnung bezeichnet worden ist.

I. Ulpian erwähnt bei den Verträgen das Daseyn einer causa als Grund und Bedingung einer klagbaren Obligation (g): umgekehrt aber die Abwesenheit einer causa als Hinderniß der Entstehung einer klagbaren Obligation (h). Auf den ersten Blick könnte man in diesen Aussprüchen eine unmittelbare und wörtliche Bestätigung der hier vorliegenden Lehre von der Nothwendigkeit und Wirksamkeit der causa neben den Verträgen wahrzunehmen glauben.

Von diesen Stellen des Ulpian ist nun schon oben ausführlich gesprochen worden (§ 72. e), und zwar in folgendem Zusammenhang. Nach Ulpian giebt es zweierlei privatrechtliche Verträge, in Beziehung auf ihren Ursprung und ihr inneres Wesen, legitimae und juris gentium conventiones. Die Nothwendigkeit einer causa erwähnt er nun in den so eben angeführten Stellen bei den juris gentium conventiones, und nur bei diesen. Da nun die Stipula-

(g) *L.* 7 § 2 *de pactis* (2. 14): „Sed et si in alium contractum res non transeat, *subsit tamen causa,* eleganter Aristo Celso respondit, *esse obligationem*“ . . .

(h) *L.* 7 § 4 *de pactis* (2. 14): „*Sed cum nulla subest causa* propter (*l. praeter*) conventionem, hic constat *non posse constitui obligationem*“.

tion ganz gewiß nicht juris gentium, sondern legitima conventio, in dem eben angegebenen Sinn dieses Kunstausdrucks ist (i), so sagt Ulpian durchaus Nichts von der Nothwendigkeit einer causa als Ergänzung der Stipulation; ja vielmehr kann diese Stelle, als Argument a contrario, für eine nicht undeutliche Hinweisung darauf gelten, daß gerade bei der Stipulation eine causa als Ergänzung nicht erforderlich war.

II. Ein zweiter scheinbarer Anknüpfungspunkt für die neue Lehre liegt in der Analogie der Tradition. Diese gehört unter die wichtigsten Geschäfte des gesammten Rechtsverkehrs. Sie ist im neuesten Recht die allgemeinste Form für die freiwillige Uebertragung des Eigenthums; im älteren Recht diente sie zu diesem Zweck nur theilweise (bei den res nec mancipi), neben der für die res mancipi bestimmten Mancipation. Es wird aber dort und hier gesagt, daß sie für sich allein nicht wirksam sey, sondern nur in Verbindung mit einer justa causa (k). Es liegt nun

(i) Vgl. oben § 52. d[1], und § 72. a[1].

(k) Ulpianus Tit. 19 § 7: „... Harum rerum (nec mancipi) dominia ipsa traditione adprehendimus, *scilicet si ex justa causa traditae sunt nobis*". Gajus Lib. 2 § 20 „Itaque si tibi vestem ... tradidero, sive ex venditionis causa, sive ex donationis, sive quavis alia ex causa, tua fit ea res" ... *L.* 31 *pr. de adqu. res. dom.* (41. 1) (Paulus) „Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, *si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur*". Da die venditio selbst ganz gewiß eine justa causa ist, also nicht einen Gegensatz gegen dieselbe bildet, so muß man entweder anstatt: aliqua emendiren: alia qua, oder auch, ohne Emendation, das Wort aliqua in demselben Sinn erklären, wofür

nahe, die Tradition mit der Stipulation in der Art zu vergleichen, daß jene wie diese nur durch eine hinzutretende causa fähig werde, die für sie bestimmte Wirkung hervor zu bringen: die Tradition den Uebergang des Eigenthums, die Stipulation die Erzeugung einer Obligation.

Aus zwei verschiedenen, von einander unabhängigen, Gründen muß die Unterstützung der hier zur Prüfung vorliegenden Lehre durch die Analogie der Tradition völlig verworfen werden.

A. Die Stipulation, als eine civile Handlung, hat gar keine innere Verwandtschaft mit der in der Tradition liegenden naturalen Handlung. Sollte hier eine wahre Analogie geltend gemacht werden, so müßte dazu die Mancipation benutzt werden, die, eben so gut als die Stipulation, eine civile Handlung ist. Man müßte also von der, neben der Mancipation noch erforderlichen justa causa, auf die justa causa bei der Stipulation schließen; dann erst könnte von einem aus der Analogie entnommenen Schluß die Rede seyn. — Allein gerade bei der Mancipation wird die Nothwendigkeit einer justa causa nicht erwähnt. Ja es wird sogleich der Grund angegeben werden, weshalb neben der Mancipation von dem Bedürfniß einer justa causa gar nicht die Rede seyn kann.

es nicht an Beispielen fehlt. BYNKERSHOEK obss. V. 25. SCHULTING notae ad digesta, in L. 2 quod cujusque univ. (3. 4).

Schon aus diesem Grunde also muß der analoge Schluß von der justa causa der Tradition auf die causa der Stipulation, gänzlich abgelehnt werden.

B. Es tritt aber noch folgender Grund hinzu, diesen analogen Schluß zu verwerfen. Selbst bei der Tradition hat die justa causa gar nicht die Bedeutung, die man ihr gewöhnlich zuschreibt. Nicht wenige neuere Schriftsteller haben die eben angeführten Stellen (Note k) so verstanden, als müsse nothwendig der Tradition eine auf sie gerichtete Obligation vorhergehen, oder (wie man es auch ausdrückte) die Tradition müsse eine solutio seyn. Zu dieser Erklärung hat besonders der Ausdruck praecesserit beigetragen, dessen wahre Bedeutung sogleich nachgewiesen werden soll. Von einer Obligation aber sagen jene Stellen kein Wort, und es giebt Fälle unzweifelhaft gültiger Tradition, wobei von einer Obligation keine Spur vorhanden ist. Wenn einem Bettler ein Almosen eingehändigt wird, so geht unstreitig das Eigenthum des Geldstücks durch Tradition über, und dabei ist weder vorher noch nachher eine Obligation wahrzunehmen. Eben so, wenn Einer um ein Gelddarlehen bittet, und der Andere ihm das erbetene Geld einhändigt, ohne sich dazu zuvor durch Vertrag verpflichtet zu haben.

Die wahre Bedeutung der justa causa ist vielmehr folgende. Man kann eine Tradition vornehmen zu sehr verschiedenen Zwecken: es kann geschehen, indem man eine Sache vermiethet, zur Aufbewahrung hingiebt, oder als Pfand, und in diesen Fällen geht gewiß kein Eigenthum

über (l); es kann aber auch geschehen in Folge eines Verkaufs, eines Tausches, oder in den so eben angeführten Fällen eines Geschenks oder eines Darlehens, und in allen diesen Fällen geht Eigenthum über. Worin liegt nun der wahre Unterschied zwischen diesen beiden Classen von Fällen? Lediglich darin, daß in den letzten Fällen der bisherige Eigenthümer das Eigenthum übertragen will, in den ersten dagegen nicht will. Daraus folgt, daß die Tradition das Eigenthum überträgt durch den übereinstimmenden Willen beider handelnden Personen, ohne diesen Willen aber nicht (m).

Wörtlich eben so wird die Sache ausgedrückt in einer Stelle des Gajus und in einer Stelle der Institutionen, die nur den Willen erfordern, und von einer justa causa daneben kein Wort sagen (n).

(l) In den meisten Stellen, und bei genauer Rede, wird der Ausdruck traditio bezogen auf die Uebertragung des juristischen oder Interdicten-Besitzes, wohin das Pfand gehört. Aber mehrere Stellen gebrauchen ihn auch von der Uebertragung der bloßen Detention, wohin die Miethe und das Depositum gehören. *L.* 20 *commod.* 13. 6, *L.* 1 § 36. 37 *depos.* 16. 3. *L.* 31 *loc.* 19. 2.

(m) Die Tradition selbst ist daher ein wahrer Vertrag, nur nicht ein obligatorischer, sondern ein dinglicher; wohl zu unterscheiden von dem obligatorischen Vertrag (Kauf, Tausch u. s. w.), der bei ihr zum Grunde liegen kann, und meist wirklich zum Grunde liegt und vorher zu gehen pflegt. Vgl. System B. 3 § 140.

(n) *L.* 9 § 3 *de adqu. rer. dom.* (41. 1) (Gajus) „... nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi“. — § 40 *J. de div. rer.* (2. 1), wörtlich gleichlautend mit der Stelle des Gajus. Theophilus hat dieselbe Rechtsregel weiter ausgeführt.

Wie verhalten sich nun aber diese Aussprüche zu den oben angeführten, welche die justa causa neben der Tradition erfordern (Note k)? Man könnte an streitende Meinungen der alten Juristen denken, aber diese sind hierin gewiß nicht anzunehmen, schon deswegen nicht, weil in beiden Reihen von Zeugnissen Gajus vorkommt. Man könnte sagen, die justa causa sey eben nichts Anderes, als der animus transferendi dominii, aber auch Das läßt sich, genau genommen, nicht behaupten. Die Sache ist vielmehr so zu denken.

Wenn es bei der Tradition üblich wäre, ausdrücklich zu sagen: durch diese Handlung soll Eigenthum übergehen (oder: nicht übergehen), so bedürfte es keiner weiteren Prüfung, der Uebergang (oder Nichtübergang) des Eigenthums wäre dadurch allein völlig und sicher entschieden. Aber gerade ein solcher Ausdruck ist bei uns so wenig üblich, als er es bei den Römern war; man könnte sagen, er sey zu abstract, zu theoretisch für eine so naturale Handlung, wie die Tradition. Um nun in zweifelhaften Fällen eine sichere Entscheidung zu finden, bleibt Nichts übrig, als auf die umgebenden Umstände, Absichten, Zwecke zu sehen, auf dasjenige Rechtsgeschäft, mit welchem die Tradition in Verbindung steht, wodurch sie herbeigeführt worden ist. Eben Dieses nun ist die wahre Bedeutung der justa causa, denn hieraus wird sich stets mit Sicherheit erkennen lassen, ob die Absicht auf Uebertragung des Eigenthums gerichtet war (wie bei Kauf oder Tausch), oder nicht (wie bei der Miethe

und dem Depositum). Von diesem Standpunkt aus läßt sich auch das praecesserit rechtfertigen, ohne daß dabei nothwendig an eine Obligation gedacht zu werden braucht, obgleich eine solche vorhergehende Obligation stets der häufigste und wichtigste Fall sein wird. Bei dem Almosen an einen Bettler geht aus der ganzen äußeren Erscheinung der Handlung die Absicht, zu schenken, klar hervor. Diese Absicht hat der Geber, bevor er giebt; und da diese Absicht, ihrer Natur nach, auf die Uebertragung des Eigenthums gerichtet ist, so dient sie als justa causa für die hier vorliegende Tradition.

Aus dieser Erklärung der justa causa geht hervor, daß die oben angeführten Stellen nicht mit einander im Widerspruch stehen, sondern nur die Sache von verschiedenen Seiten aus auffassen und bezeichnen. Der eine Theil dieser Stellen erfordert für die Tradition die Absicht, das Eigenthum zu übertragen (Note n), und sie drücken dadurch das Wesen der Sache unmittelbar aus. Die anderen Stellen erfordern eine justa causa (Note k), und sie bezeichnen damit das Kennzeichen jener Absicht, welches in dem die Tradition begleitenden Rechtsgeschäft liegt. Die wahre Meinung also ist in jenen und diesen Stellen völlig dieselbe (o).

Hieraus wird nun auch klar, warum das Erforderniß einer justa causa nur neben der Tradition erwähnt wird,

(o) Im Wesentlichen haben schon Andere denselben Weg zur Erklärung der justa causa eingeschlagen. BRANCHU Obs. Dec. 2 C. 19.

nicht neben der Mancipation. Bei der Tradition wird sie gefordert, weil bei dieser die auf das Eigenthum gerichtete Absicht nicht wörtlich ausgedrückt zu werden pflegt. Bei der Mancipation dagegen war der bestimmteste Ausdruck gerade dieser Absicht ein wesentlicher Theil der Formel. Der neue Erwerber mußte sagen: diese Sache ist von jetzt an in meinem Eigenthum, indem ich sie für das gegenwärtige Geldstück gekauft habe (p); das Geldstück händigte er nun dem bisherigen Eigenthümer ein, womit der symbolische Kauf vollzogen war. Darum wäre hier die Erwähnung der justa causa, aus welcher die auf Uebertragung des Eigenthums gerichtete Absicht hätte geschlossen werden können, höchst überflüssig gewesen.

Und eben hieraus wird endlich völlig klar, daß ein analoger Schluß von dem Erforderniß der justa causa neben der Tradition, auf das Erforderniß einer causa neben der Stipulation, auf bloßer Täuschung beruht. Bei der Tradition wurde die causa gefordert, weil bei ihr eine ausdrückliche, auf Eigenthum gerichtete, Erklärung meist nicht abgegeben wird. Eben deshalb war neben der Mancipation

(p) Gajus Lib. 2 § 119: „Is qui mancipio accipit, rem tenens, ita dicit: *hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse ajo, isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra*“. Vgl. Lib. 2 § 104. — Es mag dahin gestellt bleiben, ob der bisherige Eigenthümer eine entsprechende, die Veräußerung ausdrückende, Formel aussprach, es ist aber auch ganz gleichgültig, denn seine Gegenwart und Mitwirkung bei der ganzen Handlung, insbesondere seine Annahme des symbolischen Kaufgeldes, war einer wörtlichen Zustimmung ganz gleichgeltend.

eine causa nicht erforderlich. Nach dieser Analogie wäre eine causa neben der Stipulation nur dann erforderlich, wenn in der Stipulation die Absicht der Verpflichtung nicht wörtlich ausgedrückt wäre, sondern erst künstlich, durch Schlußfolgerungen, begründet werden müßte. Allein die Stipulation enthält in den Worten: centum dare spondes? spondeo jene Absicht ganz ausdrücklich, ja sie enthält überhaupt nichts Anderes. Daher wäre denn das Erforderniß einer causa neben der Stipulation, als einer nothwendigen positiven Ergänzung derselben, ganz eben so unbegründet wie neben der Mancipation.

III. Endlich findet sich noch ein dritter scheinbarer Anknüpfungspunkt für die neue Lehre in Rechtsregeln, die durchaus wahr und wichtig sind, jedoch ohne jener Lehre einen besseren Halt zu geben, als die bisher geprüften Verwandtschaften.

Wenn das Eigenthum auf eine, an sich gültige Weise freiwillig übertragen wird (durch Mancipation, Tradition u. s. w.), der vorige Eigenthümer aber zu dieser Uebertragung bestimmt wird durch mangelhafte Beweggründe, insbesondere durch Irrthum, so ist die Uebertragung an sich gültig und wirksam, sie kann aber hinterher angefochten und entkräftet werden durch eine Reihe sorgfältig ausgebildeter Condictionen (condictio indebiti, sine causa, ob causam datorum, ex injusta causa) (q). Zur Ausbildung dieser,

(q) Vgl. System B. 5 Beilage XIV. Num. VII.

praktisch sehr wichtigen, Lehre gehörte es, daß man nicht bei dem Fall der Veräußerung des Eigenthums stehen blieb, sondern auch alle anderen Erweiterungen eines fremden Vermögens, namentlich durch Obligationen, mit aufnahm, und so zu dem abstracten Begriff einer Vermögenszuwendung oder Bereicherung gelangte. So sollte also eine aus Irrthum übernommene Stipulation entkräftet werden können, und zwar auf zweierlei Weise: nach Civilrecht, indem der Schuldner durch eine condictio (indebiti u. s. w.) die Aufhebung der Stipulation verlangte; nach prätorischem Recht, indem er die auf Erfüllung der Stipulation gerichtete Klage durch eine doli exceptio entkräftete.

Hieran nun wird die vorliegende neue Lehre in folgender Weise angeknüpft, wie es schon im Eingang des gegenwärtigen § bemerkt worden ist. Die Stipulation an sich, als rein formales Geschäft, konnte zwar eine Klage begründen, sollte sie aber einen Erfolg im Vermögen, eine Erweiterung desselben, bewirken, so bedurfte sie einer causa, und wenn diese fehlte oder mangelhaft war, so trat jener Erfolg nicht ein (r).

Diese Rechtfertigung der vorliegenden neuen Lehre muß aus zwei Gründen verneint werden.

A. Bei jedem Rechtsgeschäft lassen sich positive Bedingungen des Daseyns und der Rechtsgültigkeit angeben; diese müssen in der Theorie dargestellt, in der Anwendung

(r) Liebe Stipulation S. 82—84.

auf das wirkliche Leben nachgewiesen werden. Unabhängig davon aber werden sich mehr oder weniger zufällige Mängel oder Hindernisse denken lassen, deren Daseyn, da wo sie sich finden, auch unter Voraussetzung jener positiven Bedingungen, die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts ganz oder theilweise ausschließt. Man könnte die Abwesenheit solcher denkbaren zufälligen Hindernisse als negative Bedingungen der Rechtsgeschäfte bezeichnen. Es würde jedoch unlogisch seyn, und die gründliche Einsicht in die wahre Natur der Rechtsverhältnisse mehr stören als fördern, wenn man diese negativen Bedingungen, die eine ganz exceptionelle Natur haben, mit jenen positiven zusammenstellen, und beide als gleichartig behandeln wollte. Ein solches unlogisches Verfahren muß ich den Vertheidigern der hier vorliegenden Lehre vorwerfen, indem sie die möglichen Condictionen (indebiti u. s. w.) gegen eine Stipulation als Grund geltend machen, weshalb die Stipulation, als ein blos formales Geschäft, nur unter Voraussetzung einer causa als vollständig und vollgültig angesehen werden könne.

B. Die causa, als Erforderniß der Stipulation, wird von den Vertheidigern dieser Lehre auf die formale Natur der Stipulation bezogen, so daß sie eine Eigenthümlichkeit dieses formalen Geschäfts bilden soll. Die hierin liegende Behauptung aber wird dadurch völlig widerlegt, daß die causa, als angebliche Bedingung der Stipulation, welche in der Anfechtbarkeit der Stipulation durch die Condictionen, und durch die doli exceptio, bestehen soll, genau eben so

bei den materiellen Geschäften des älteren Rechts, namentlich bei den Consensualcontracten, vorkommt. Die alten Juristen stellen diese **hierin** mit der Stipulation durchaus auf gleiche Linie, ohne irgend einen Unterschied zwischen beiden zu machen (s). Damit fällt also auch die causa, als angebliche Eigenthümlichkeit des in der Stipulation enthaltenen formalen Geschäfts, hinweg, und so verschwindet auch noch der letzte Anhaltspunkt für die hier besprochene Lehre.

Manche haben noch eine besondere Unterstützung derselben hernehmen wollen aus den in einer Stelle des Paulus enthaltenen Regeln über den Beweis der condictio indebiti, und zwar besonders aus dem letzten Stück dieser Stelle, welches für die cautio, quae indiscrete loquitur, vorschreibt, daß der klagende Glaubiger das Daseyn des der cautio zum Grunde liegenden Rechtsgeschäfts beweisen müsse (t). Dieses soll als ein Zeugniß dafür gelten, daß die Stipulation nur durch eine außer ihr liegende, besonders erweisliche, causa vollgültig werde. — Allein der größte Theil dieser, dem Paulus zugeschriebenen, Stelle gehört in der

(s) *L.* 5 § 1 *de act. emti* (19. 1) „Sed et si falso existimans, se damnatum vendere, vendiderit, dicendum est, agi cum eo ex emto non posse, quoniam doli mali exceptione actor summoveri potest: quemadmodum, si falso existimans, se damnatum dare, promisisset, agentem doli mali exceptione summoveret. Pomponius etiam incerti condicere eum posse ait, ut liberetur“.

(t) *L.* 25 *de probat.* (22. 3). Das im Text angeführte letzte Stück dieser Stelle ist der § 4 derselben.

That nicht dem Paulus an, sondern ist vielmehr als eine Justinianische Verordnung über den Beweis anzusehen, welche von den Compilatoren an diesem Orte eingerückt worden ist. Insbesondere das letzte Stück (der § 4) ist entnommen aus einer Constitution von K. Justin (u). Dieser Ursprung ist nun freilich für die gesetzliche Kraft der hier niedergelegten Beweisregeln sehr gleichgültig, da die Stelle, so wie wir sie hier lesen, als unzweifelhafter Bestandtheil der Justinianischen Rechtsbücher anzusehen ist. Dagegen ist jener Ursprung sehr zu beachten, wenn die Stelle über ihren unmittelbaren Inhalt hinaus (der blos den Beweis, also das Prozeßrecht, betrifft) so benutzt werden soll, wie es neuerlich versucht worden ist, um aus derselben ein Argument für das materielle Recht herzunehmen, nämlich eben für die hier besprochene Lehre von der für die Stipulation erforderlichen causa. Für eine solche Benutzung würde die Stelle, wenn sie in der That von Paulus herrührte, eine ganz andere Autorität in Anspruch nehmen, als wenn wir sie, ihrem größten Theile nach, für eine zusammengesetzte Interpolation, also für ein Werk der Compilatoren, halten müssen (v).

(u) *L.* 13 *C. de non num. pec.* (4. 30).

(v) Die Meinungen über die hier besprochene Digestenstelle haben sich neuerlich so gestellt. Die Aechtheit derselben, als von Paulus herrührend, sucht zu vertheidigen: Gneist formelle Verträge S. 198—209. Die Aechtheit wird bestritten von Windscheid Lehre von der Voraussetzung S. 192—202, und von Rudorff in den oben (Note a) angeführten Stellen. Die älteren Schriftsteller über diese Frage sind verzeichnet bei Gneist S. 205.

Zum Schluß dieser Untersuchung aber muß dem Urheber der hier angefochtenen Lehre von der causa, als einer nothwendigen Ergänzung der Stipulation (und unseres nudum pactum) das Zeugniß gegeben werden, daß er durch diese Lehre zu irrigen Rechtsregeln nicht geführt worden ist. Denn die rein praktische Seite der Lehre ist die Anfechtbarkeit der Stipulation wegen einer irrigen, oder überhaupt mangelhaften causa; diese nun ist ganz richtig, und wird auch von keiner Seite in Zweifel gezogen. Der ganze Streit hat also einen lediglich theoretischen Charakter, indem er die Stellung und Ableitung der Begriffe und Rechtssätze betrifft. Damit soll aber keinesweges gesagt seyn, daß die hier besprochene Frage gleichgültig, oder auch nur von geringer Erheblichkeit wäre, da es voraus nicht zu übersehen ist, wie weit ein irrig eingeschlagener Weg, wie der hier vorliegende, führen kann.

§. 79.

I. Vertrag. D. Wirkung. — Verstärkte Wirkung.

Die regelmäßige Wirkung des Vertrags, als der normale Zustand desselben, ist bisher dargestellt worden (§ 72 bis 78). Es bleibt nun noch übrig, nach zwei Seiten hin die Abweichungen von diesem normalen Zustand hinzu zu fügen, welche theils in einer Verstärkung, theils in einer Schwächung der regelmäßigen Wirkung des Vertrags bestehen können (§ 72).

Eine verstärkte Wirkung kann erzeugt werden durch folgende Zusätze, die dem Vertrag willkürlich beigegeben werden können.

1. Arrha.
2. Conventionalstrafe.
3. Eid.
4. Pfand.
5. Accessorische Verträge.

---

1. Arrha.

Nicht selten wird bei dem Abschluß eines Vertrages von Einer Partei an die Andere etwas darauf gegeben, meist in Geld bestehend, möglicherweise auch in irgend einer anderen Sache (a). Dieses ist in der Regel als ein Zeichen des völlig abgeschlossenen Vertrages zu betrachten, hat also durch Privatwillkür in einzelnen Fällen dieselbe Bestimmung, welche im Allgemeinen die Römische Stipulation, als ein formeller Vertrag, hatte (b).

(a) *L.* 11 § 6 *de act. emti* (19. 1), *L.* 5 § 15 *de inst. act.* (14. 3).

(b) Vgl. oben § 74. — *pr. J. de emt.* (3. 23) „Nam quod arrhae nomine datur, *argumentum est emtionis venditionis contractae*“. — *L.* 35 *pr. de contr. emt.* (18. 1). „Quod saepe arrhae nomine pro emtione datur, non eo pertinet, quasi sine arrha conventio nihil proficiat: *sed ut evidentius probari possit, convenisse de pretio*“. — Der ausführlichste Schriftsteller über die Arrha ist: Lauterbach de arrha, Diss. Vol. 1 N. XI.

Aus dieser Natur der Arrha folgt der regelmäßige Einfluß des Gebens, sowohl auf das Eigenthum des Gegebenen, als auf die Gültigkeit des Vertrages selbst.

A. Eigenthum des Gegebenen.

Da die Arrha in der Regel nur als Kennzeichen für ein anderes Rechtsgeschäft dienen soll, so ist sie eben daher nicht dazu bestimmt, den Empfänger zu bereichern. Kommt also der Vertrag zur Erfüllung, so wird dem Käufer das Geld, das er als Arrha hingab, in das Kaufgeld eingerechnet, der Verkäufer, der die Arrha gab, kann sie zurückfordern. Eben so geschieht es, wenn der Vertrag freiwillig aufgehoben wird (c).

B. Einfluß auf die Gültigkeit des Vertrages.

Manche haben die Arrha als ein Reuegeld ansehen wollen, in dem Sinn, daß der Geber durch Aufopferung derselben, der Empfänger durch die Rückgabe mit Hinzufügung ihres Geldwerthes, von dem Vertrag willkürlich zurück treten könne. Wäre diese Ansicht richtig, so würde in der Arrha augenscheinlich nicht eine Verstärkung, sondern eine Schwächung, des Vertrages liegen, ganz gegen

(c) *L.* 11 § 6 *de act. emti* (19. 1), *L.* 8 *de L. commiss.* (18. 3). — Der Kläger hat die Wahl zwischen der Contractsklage und der condictio sine causa. — Die gemeinrechtlichen Ausnahmen, in welchen die Arrha für den Geber verloren bleibt, werden sogleich angegeben werden. — In örtlichen Gewohnheitsrechten kommt öfter eine Arrha vor, die nicht zurückgegeben wird, z. B. bei der Miethe des Gesindes. Unterholzner Schuldverhältnisse B. 1 § 31 Num. IV.

die in unseren Rechtsquellen anerkannte Natur und Bestimmung derselben (Note b). Daß nun ein solcher Vertrag, mit vorbehaltenem Rücktritt, unter Aufopferung eines bestimmten Reuegeldes, geschlossen werden könne, hat keinen Zweifel. Es muß aber diese Bestimmung ausdrücklich ausbedungen seyn, sie versteht sich nie von selbst, und die Arrha an sich, ohne eine solche ausdrückliche Abrede, darf nie in diesem Sinne verstanden werden, sondern vielmehr in dem so eben angegebenen, ganz entgegengesetzten Sinne (d).

Eine etwas abweichende Natur hat die Arrha in folgenden Fällen.

In einem Kaufvertrag kann die Zahlung des Kaufgeldes für eine bestimmte Zeit versprochen werden, mit dem Zusatz, daß bei ausbleibender Zahlung der Verkäufer zurücktreten könne (Lex commissoria). Wenn nun in einem solchen Fall zugleich eine Arrha von dem Käufer gegeben war, so kann der Verkäufer, welcher den Rücktritt erwählt, die Arrha für sich behalten (e).

Wenn ein Vertrag unter dem Vorbehalt einer anzuwendenden besonderen Form geschlossen wird, so hat Das den Sinn, daß vor Vollziehung dieser Form jeder Theil willkürlich zurücktreten kann (§ 77. e). Wenn nun aber in einem solchen Fall zugleich eine Arrha gegeben war, so soll der Geber, welcher zurücktritt, die Arrha verlieren, der Empfänger, welcher zurücktritt, die Arrha zurückgeben, und noch

(d) Lauterbach § 105. 109. (e) *L.* 6 *pr. L.* 8 *de L. commiss* (18. 3).

ihren Geldwerth zulegen (f). Diese Bestimmung war zunächst gegeben für den Fall einer besonders bedungenen Form, wohin als gewöhnlichster Fall die Ausfertigung des Vertrages in einer schriftlichen Urkunde gehört (emtiones, quae scriptura conficiuntur). Es ist einleuchtend, daß in diesem Fall die Möglichkeit des Rücktritts nicht an die Arrha geknüpft ist, sondern an die vorbehaltene Form des Vertrages, so daß jene Möglichkeit auch ohne Arrha ganz auf gleiche Weise eintreten würde.

Die Sache wird aber dadurch schwierig und zweifelhaft, daß beide Verordnungen von Justinian in wenig überlegter Weise hinzufügen, diese Vorschrift über den Verlust der Arrha sollte auf gleiche Weise gelten auch bei dem ohne vorbehaltene Form abgeschlossenen Vertrag (sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est) (g). Da nun aber in diesem Fall die Erfüllung sogleich durch Klage erzwungen werden kann, so ist kein sichtbarer Grund vorhanden, weshalb die Arrha verloren werden soll.

Zur Beseitigung dieser Schwierigkeit ist vorgeschlagen worden, die Stellen von solchen Verträgen zu verstehen, die noch nicht vollständig abgeschlossen seyen, indem zu ihrem Abschluß noch etwas fehle; wenn etwa das gegenseitige Versprechen dahin gehe, über ein Haus einen Kaufvertrag abzuschließen, dessen Inhalt aber noch nicht voll-

(f) *L.* 17 *C. de fide instr.* (4. 21), *pr. J. de emt.* (3. 23).

(g) So in beiden angeführten Stellen (Note f).

ständig vereinbart sey (h). Diese Erklärung kann deswegen nicht zugelassen werden, weil die Natur und Bestimmung der Arrha voraussetzt, daß der Inhalt des Vertrags vollständig feststehe, von welcher Thatsache eben die Arrha ein Zeichen sein soll (Note b).

Die einfachste Erklärung, die sich am ungezwungensten den Worten der Stellen anschließt, ist folgende. Wenn ein Vertrag sine scriptis geschlossen, und noch durch eine Arrha bestärkt wird, so soll der Theil, welcher die Erfüllung verweigert, zwar durch Klage dazu gezwungen werden können, weil ohnehin der Vertrag schon völlig bindend ist; er soll aber daneben noch zur Strafe seiner rechtswidrigen Weigerung den Verlust der Arrha erleiden (i).

Von großer Erheblichkeit ist übrigens diese ganze Streitfrage deswegen nicht, weil der Betrag der Arrha meist nur geringen Umfang hat in Vergleichung mit dem Gegenstand des Vertrages selbst. Sie wird nur wichtig, wenn man der Arrha die falsche Bedeutung eines Reuegeldes unterlegt (Note d).

(h) Lauterbach § 112—114. Vinnius und Schrader in den Noten zu der angeführten Stelle der Institutionen.

(i) Es soll also in diesem Fall die Arrha die Natur einer Conventionalstrafe annehmen, und zwar in dem strengeren, mit dieser vereinbaren Sinne (§ 80. i). Ohne Grund nehmen Manche an, daß der Theil, welcher den Vertrag festhalten will, nur die Wahl habe, die Arrha zu gewinnen, oder auf Erfüllung des Vertrages zu klagen. So Azo in L. 17 C. cit. und Glossa ibid. Die Worte der Stellen sind dieser Erklärung nicht günstig.

§. 80.

I. Vertrag. D. Wirkung. Verstärkte Wirkung (Fortsetzung).

---

2. Conventionalstrafe.

Schriftsteller:

Puchta Pandekten § 231, und: Vorlesungen § 231.

Liebe Stipulation § 24.

Vangerow S. 334 — 342, und die von demselben S. 334 angeführten Schriftsteller.

Conventionalstrafe heißt ein bedingtes Versprechen, Etwas zu geben, wenn dabei die Absicht zum Grunde liegt, auf das Gegentheil der ausgedrückten Bedingung hinzuwirken.

Versprochen wird dabei meist eine bestimmte Geldsumme, doch kann auch irgend eine andere Sache als Gegenstand des Versprechens gewählt werden.

Die vorherrschende Form dieses Vertrags war bei den Römern die Stipulation; doch konnte auch neben einem

Consensualcontract aus einem pactum adjectum die Conventionalstrafe eingeklagt werden (a).

Die Bedingung kann bestehen in einem Thun oder Unterlassen des versprechenden Theils.

Aus der dabei vorausgesetzten Absicht geht hervor, daß dieses Rechtsgeschäft betrachtet werden kann als eine, durch Privatwillkür begründete, Criminalanstalt im Kleinen, indem der Versprechende durch die Furcht vor der Strafzahlung bewogen werden soll, Das zu unterlassen oder zu thun, welches der Gegner verlangt.

Die einfachste Gestalt dieses Rechtsgeschäfts besteht darin, daß jenes bedingte Versprechen der einzige Gegenstand desselben seyn soll. Dann ist die Strafe allein in der Obligation enthalten, die Handlung, worauf es eigentlich abgesehen ist, bildet blos eine Bedingung, diese ist also blos Mittel zur Abwendung der Strafe (b).

(a) *L.* 7 *de servis export.* (18. 7) „convenit *citra stipulationem*, ut poenam praestaret emtor“ . . . *L.* 6 § 1 *eod.* Das Bedenken der ersten Stelle gegen die Gültigkeit des Strafvertrags gründete sich gar nicht auf die mangelhafte Form desselben, sondern auf den vermeintlich unsittlichen Zweck. — Vgl. über diese Stellen: Liebe Stipulation S. 307. 308.

(b) *L.* 44 § 5 *de O. et A.* (44. 7) „Si ita stipulatus sim: *si fundum non dederis, centum dare spondes?* sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus“. *L.* 68 *de V. O.* (45. 1), *L.* 115 § 2 *de V. O.* (45. 1). Hierher gehört zunächst das erste Beispiel in dieser Stelle: „si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?“ und zu diesem kehrt nachher Papinian zurück in den Worten: si stipulatione non a conditione coepit, veluti: *si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?*“ Er nennt also unsern Fall eine

Wenn die Bedingung in einer Unterlassung besteht, indem eine Handlung bewirkt werden soll, so ist es am Zweckmäßigsten, einen Zeitpunkt festzustellen, bis zu welchem die Handlung geschehen muß, um die Strafe zu vermeiden; geschieht Dieses nicht, so ist die Strafe erst verwirkt, wenn die Handlung unmöglich geworden ist (c).

In diesem einfachsten Fall hat der Strafvertrag Aehnlichkeit mit dem obligatorischen Vertrag auf die Handlung selbst. So wie dieser die Handlung unmittelbar erzwingt, durch eine auf dieselbe gerichtete Klage, soll unser Strafvertrag die Handlung auf einem Umweg herbeiführen, durch die Furcht vor der Strafklage. Der Strafvertrag erscheint dann als willkürlich gewähltes Surrogat des obligatorischen Vertrags, welcher in den meisten Fällen ein weit besseres Mittel zum Zweck seyn wird. Allein der Strafvertrag kann auch angewendet werden in Fällen, worin der obligatorische Vertrag auf die Handlung selbst nicht möglich seyn würde. Dieses gilt insbesondere von dem Fall, wenn zwei Personen eine Leistung bewirken wollen, die von einer dritten Person, oder an eine solche, geschehen soll (d).

stipulatio a conditione *incipiens*, im Gegensatz derjenigen Stipulation, worin zuerst die Handlung selbst versprochen, und dann die Strafdrohung als zweite Stipulation hinzugefügt wird.

(c) *L.* 115 *pr.* § 1. 2 *de V. O.* (45. 1). Von der Behandlung der übrigen im § 2 erwähnten Fälle wird sogleich weiter die Rede seyn.

(d) S. o. § 59. n. — Eben so verhält es sich bei dem Compromiß auf einen Schiedsrichter, welchem die Römer stets durch einen Strafvertrag Wirkung zu verschaffen suchten, indem sie annahmen, daß eine unmittelbare Verpflichtung auf Erfüllung des Schiedsspruches nicht möglich sey.

Es ist daher auch bei einem Strafvertrag dieser Art ganz gleichgültig, ob der Glaubiger ein eigenes Interesse an der Handlung hat, und ob der Geldwerth seines Interesse in einem richtigen Verhältniß zu der versprochenen Strafe steht (e).

Die hier dargestellte einfachste Gestalt des Strafvertrags ist minder wichtig, und kommt seltener vor, als folgende zusammengesetzte Anwendung desselben.

Zunächst wird in einem obligatorischen Vertrag ein Thun oder Lassen selbst versprochen; dann wird ein Strafvertrag hinzugefügt für den Fall, daß jener erste Vertrag unerfüllt bleiben sollte.

In dieser Verbindung erscheint der Strafvertrag als Bestärkung des obligatorischen Vertrags, und darin liegt der Grund, weshalb er an dieser Stelle abgehandelt werden mußte.

Er kann nun auf zweierlei Weise wirken. Zunächst als neuer Antrieb zur Erfüllung durch die Furcht vor der Strafe. Dann aber auch als Erleichterung für die Verfolgung der Rechte aus dem Hauptvertrag.

Diese Erleichterung kann darin bestehen, daß dem Glaubiger der, oft schwierige und unsichere, Beweis der

(e) §19 *J. de inut. stip.* (3.19), *L.* 38 §. 17 *de V. O.* (45. 1).

Höhe des Interesse erspart wird (f); eben so auch die Mahnung des Schuldners, wodurch dieser in Verzug gesetzt werden muß, welche Mahnung bei der Conventionalstrafe nicht nöthig ist (g).

Immer also ist der Zweck des Strafvertrags auf Bestärkung des Hauptvertrags gerichtet. Man würde daher diesen, in der Regel unzweifelhaften, Zweck des Strafvertrags völlig verkennen, wenn man die Strafe als ein Reuegeld behandeln wollte, wodurch sich der Schuldner willkürlich von der Erfüllung des Hauptvertrags befreien könnte (h). Es hat jedoch kein Bedenken, daß die Parteien den Strafvertrag auch in dem Sinn eines solchen Reuegeldes schließen können. Dann dient er nicht als Bestärkung, sondern als Schwächung, des Hauptvertrags. Diese Bedeutung aber versteht sich nie von selbst, sondern kann nur durch die ausdrückliche Erklärung der Parteien herbeigeführt werden.

Besonders wichtig ist nun das Verhältniß, in welchem der Strafvertrag zu dem Hauptvertrag zu denken ist. Dieses Verhältniß kann auf zweierlei Weise vorkommen: cumulativ, oder alternativ.

Cumulativ ist das Verhältniß beider Verträge, wenn

(f) § 7 *J. de V. O.* (3. 15), *L.* 11 *de stip. praet.* (46. 5).

(g) *L.* 12 *C. de contr. et comm. stip.* (8. 38), *L.* 23 *de O. et A.* (44. 7).

(h) LAUTERBACH de poena conventionali § 65, Diss. Vol. 3 p. 439. — Es ist ein ganz ähnliches Verhältniß wie bei der Arrha, s. o. § 79. d.

sowohl die Erfüllung des Hauptvertrags, als auch die Entrichtung der Strafe, gefordert werden kann. Dieses Verhältniß ist nicht zu vermuthen, sondern nur bei besonderer Verabredung, oder aus dem eigenthümlichen Inhalt beider Verträge, anzunehmen (i).

Alternativ ist das Verhältniß, welches also die Regel bildet, wenn nicht beide Forderungen neben einander, sondern nur eine von beiden, geltend gemacht werden kann. Es entsteht dann die weitere Frage, welche von beiden gelten soll. Die Römischen Juristen unterscheiden hier die beiden Fälle, je nachdem der Hauptvertrag eine Stipulation, oder ein bonae fidei Vertrag war. Im ersten Fall nehmen sie an, daß der Hauptvertrag quasi novatione aufgehoben sey, und also nur allein die Strafe eingeklagt werden könne (k). — Im zweiten Fall überlassen sie dem

(i) *L.* 115 § 2 *de V. O.* (45.1) „. . potest Sabini sententia recipi, si . . . ita concepta sit stipulatio: Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes? quod sine dubio verum erit, *quum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo, et pecunia debeatur*“. Eben so: *L.* 16 *de transact.* (2.15). Aus dem eigenthümlichen Inhalt beider Verträge kann ein solcher Vertrag, auch ohne ausdrückliche Bezeichnung desselben, geschlossen werden, wenn etwa der Betrag der Strafe, verglichen mit dem Geldwerth der Erfüllung des Hauptvertrages, so unverhältnißmäßig gering ist, daß die Parteien die Strafe unmöglich als Ersatz für die Erfüllung, sondern nur als einen erhöheten Antrieb für dieselbe, gedacht haben können. Je höher die Strafe, desto unwahrscheinlicher wird diese Auslegung des Vertrags.

(k) *L.* 44 § 6 *de O. et A.* (44.7) (Paulus): „Sed si navem fieri stipulatus sum, et si non feceris, centum, videndum, utrum duae stipulationes sint, pura et conditionalis, et exi-

Glaubiger die freie Wahl, entweder die Erfüllung allein, oder die Strafe allein (als Interesse der Erfüllung) einzuklagen; Dieses aber noch mit dem Vortheil für den Kläger, daß er durch die getroffene Wahl nicht gebunden ist, sondern auch nach angestellter Klage die andere Klage anwenden kann, jedoch nur, um den möglichen Ueberschuß in dem Betrag der anderen nachzufordern (l). Die Regel dieses zweiten Falles ist für das heutige Recht allgemein anwendbar.

Zur Ergänzung dieser Lehre von der Conventionalstrafe sind noch folgende Regeln hinzu zu fügen.

stens sequentis conditio non tollat priorem, an vero transferat in se, *et quasi novatio prioris fiat: quod magis verum est*". — *L.* 115 § 2 *de V. O.* (45. 1) (Papinianus): Auf die oben in Note i abgedruckten Worte folgt diese Stelle: „... Sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, *ut homo solvatur, aut pecunia petatur*". — Der letzte Erfolg ist hier derselbe, wie bei dem oben in Note b erwähnten einfachsten Fall. Dennoch sind beide Fälle nicht identisch, da sie in der Form von einander abweichen, weshalb es kein Widerspruch ist, wenn beide in anderer Beziehung verschieden behandelt werden, namentlich was den Zeitpunkt der zulässigen Klage betrifft (s. u. Note n). — Ueber die hier angeführten Stellen, besonders die erste, ist viel gezweifelt und geschrieben worden. Vgl. Liebe Stipulation S. 317—319, Vangerow S. 339.

(l) *L.* 41. 42. 71 *pr. pro socio* (17. 2), *L.* 28 *de act. emti* (19. 1), *L.* 10 § 1 *de pactis* (2. 14), *L.* 16 *de transact.* (2. 15), *L.* 40 *C. eod.* (2. 4).

A. Zuerst fragt es sich, von welchem Zeitpunkt an die Strafe gefordert werden kann.

Soll eine Unterlassung bewirkt werden, so ist mit dem entgegengesetzten Thun die Strafe verfallen und klagbar.

Ist es ein Thun, welches bewirkt werden soll, und ist dafür ein Zeitpunkt bestimmt, so ist die Strafe verfallen, sobald dieser Zeitpunkt fruchtlos abgelaufen ist, und es bedarf daneben keiner Mahnung (m).

Ist kein Zeitpunkt bestimmt, so muß bei dem einfachen Strafvertrag (Note b) abgewartet werden, so lange die Handlung noch irgend möglich ist (Note c).

Bei dem Strafvertrag neben einem Hauptvertrag kann in diesem Fall die Strafe eingeklagt werden, sobald das Thun möglich war und dennoch unterblieb (n).

B. Es entsteht ferner die Frage, ob zur Begründung der Strafe die Zurechnung des Schuldners erforderlich ist; oder ob er frei von der Strafe bleibt, wenn es ihm unmöglich war, Dasjenige zu vermeiden, welches als Bedingung der Strafe ausgedrückt war. Es kommt darauf an, welchen Standpunkt man hierin als vorherrschend betrachten mag.

Sieht man auf den Buchstab der bedingten Stipulation, also auf das Thun oder Unterlassen an sich, als Be-

(m) *L.* 23 *de O. et A.* (44. 7), *L.* 12 *C. de contr. et comm. stip.* (8. 38).

(n) *L.* 115 § 2 *de V. O.* (45. 1). Daß die Behandlung dieses Falles mit der Behandlung des einfachen Strafvertrags nicht im Widerspruch steht, ist schon oben bemerkt worden (Note k).

dingung der Strafe, so erscheint daneben die Zurechnung als gleichgültig, und der Schuldner wird durch die Unmöglichkeit nicht von der Strafe befreit. — So behandeln in der That die Römischen Juristen die einfache Conventionalstrafe (o), und eben so auch die zusammengesetzte, insofern der Hauptvertrag auf einer reinen, von Privatwillkür ausgehenden, Stipulation beruht (p); in diesem Fall ist die Zurechnung gleichgültig (q).

Wenn man dagegen nicht auf den Buchstab des Vertrags sieht, sondern auf den oben angegebenen Zweck der Conventionalstrafe, welcher darauf gerichtet ist, ein Thun

(o) *L.* 8 *de V. O.* (45. 1).

(p) D. h. also auf einer stipulatio conventionalis, im Gegensatz der praetoria oder judicialis. *L.* 5 *pr. de V. O.* (45. 1).

(q) *L.* 77 *de V. O.* (45. 1), *L.* 9 *de naut. foen.* (22. 2). In beiden Stellen wird der Fall vorausgesetzt, daß an einem bestimmten Tag eine Geldsumme gezahlt werden sollte, der Schuldner aber verstorben, und noch kein Erbe eingetreten ist. — *L.* 22 *pr. ad L. Aquil.* (9. 2) „Proinde si servum occidisti, quem *sub poena* tradendum promisi, *utilitas* venit in hoc judicium". (Vgl. *L.* 21 § 2 *eod.* „ut ejus *quod interest* fiat aestimatio".) Daraus folgt, daß der Schuldner, welcher das Eigenthum des Sklaven unter einer Strafe versprach, nicht dadurch von der Strafe frei wird, daß ein Dritter den Sklaven tödtet, also die Uebertragung unmöglich macht. — Scheinbar widerspricht *L.* 69 *de V. O.* „Si homo mortuus sisti non potest, nec poena rei impossibilis committetur: quemadmodum si quis *Stichum mortuum* dari stipulatus, si datus non esset, poenam stipuletur". Der erste dieser Fälle gehört unter die prätorischen Stipulationen, deren ganz abweichende Regel sogleich angegeben werden wird (Note s). Der zweite Fall aber setzt als Hauptvertrag voraus das Versprechen eines damals schon verstorbenen Sklaven, welches Versprechen von Anfang an ungültig ist [*L.* 1 § 9 *de O. et A.* (44. 7), *L.* 103 *de V. O.* (45. 1)], folglich auch den accessorischen Strafvertrag ungültig macht.

oder Unterlassen zu bewirken, so muß man die Zurechnung als entscheidend betrachten, indem die Furcht vor der Conventionalstrafe nicht wirken kann, wenn das Thun oder Lassen, welches bewirkt werden soll, dem Schuldner nicht möglich ist. — So mußten consequenterweise die Römischen Juristen diejenigen Fälle behandeln, in welchen der Hauptvertrag bonae fidei war, weil es dabei blos auf die Zweckmäßigkeit ankommen konnte; eben so aber auch die Fälle derjenigen Stipulationen, wie der prätorischen und richterlichen, deren Charakter gleichfalls auf der bona fides, nicht auf dem strengen Buchstab des Vertrags beruhte (r). Von dieser letzten Classe haben wir denn auch eine hinreichende Zahl übereinstimmender Zeugnisse übrig, die an der Ansicht der alten Juristen über diese Frage keinen Zweifel lassen (s).

Diese letzte Ansicht kann allein für das heutige Recht in Betracht kommen, so daß wir die Conventionalstrafe nur gegen denjenigen Schuldner anzuwenden haben, welchem eine Zurechnung vorgeworfen werden kann (t).

C. Die Conventionalstrafe ist in der Regel ein erlaubtes und wirksames Rechtsgeschäft. Sie kann aber, so

(r) Vgl. System B. 5 Beilage XIII. Num. XIX., und Beilage XII. Num. VIII. Note c.

(s) *L.* 2 § 1 *L.* 4 *pr.* § 1 *si quis caut.* (2. 11), *L.* 21 § 9 *de receptis* (4. 8), *L.* 69 *de V. O.* (45. 1), in Beziehung auf den ersten in derselben enthaltenen Fall (s. o. Note q). In diesen Stellen wird die Zurechnung sogar in sehr milder und freigebiger Weise beurtheilt.

(t) Ueber diese ganze Streitfrage sind die Meinungen sehr verschieden. Vgl. Wolff Mora S. 38 fg., Vangerow S. 337 fg.

wie jeder andere Vertrag, unerlaubt und wirkungslos werden, wenn dadurch ein rechtswidriger oder unsittlicher Zweck befördert wird.

Dahin gehören folgende Fälle. — Wenn neben einem Darlehen ein Strafvertrag geschlossen wird, unter welchem wucherliche Zinsen, nur unter anderem Namen, versteckt werden, so ist der Strafvertrag selbst ungültig (u). — Eben so ist ungültig ein Strafvertrag, welcher die Freiheit in der Eingehung oder Auflösung einer Ehe gefährdet (v), oder auch die Freiheit eines Erblassers in den Anordnungen seines letzten Willens (w). — Eben so jeder Strafvertrag, welcher eine schändliche Handlung begünstigt (x).

Dagegen ist erlaubt und gültig eine Conventionalstrafe, wodurch umgekehrt ein sittlicher Zweck durch einen neuen Antrieb Unterstützung erhält. Dahin gehört der Fall, wenn ein Ehemann seiner Gattin unter Geldstrafe verspricht, den Umgang mit einer früheren Concubine zu meiden; ein solcher Vertrag wird ex bonis moribus concepta stipulatio genannt (y).

(u) *L.* 44 *de usuris* (22. 1), *L.* 13 § 26 *de act. emti* (18. 1).

(v) *L.* 134 *pr. de V. O.* (45. 1), *L.* 8 *C. de inut. stip.* (8. 39).

(w) *L.* 61 *de V. O.* (45. 1).

(x) *L.* 123 *de V. O.* (45. 1).

(y) *L.* 121 § 1 *de V. O.* (45. 1).

3. Eid.

Als ein ferneres Mittel zur Bestärkung eines obligatorischen Vertrags kann auch der Eid angewendet werden, womit hier der auf die Zukunft gerichtete Eid (der promissorische) gemeint ist. Von diesem Mittel der Bestärkung habe ich bereits an einem anderen Orte gehandelt (z).

---

4. Accessorische Verträge, welche theils von demselben Schuldner, theils von anderen Personen, hinzugefügt werden können.

Dahin gehören: die Bürgschaft, und das Constitutum, welche im Zusammenhange des speciellen Theils des Obligationenrechts abzuhandeln sind.

---

5. Pfandrecht.

Endlich gehört unter die wirksamsten Mittel zur Bestärkung einer Obligation das Pfandrecht, welches in der künstlichen Verbindung des Rechts auf eine Sache (jus in re) mit einer Obligation besteht. Dieses kann nur im Zusammenhang mit dem ganzen Sachenrecht befriedigend dargestellt werden.

(z) System B. 7 § 309. — Vgl. auch Puchta Pandekten § 253. und: Vorlesungen §. 253.

§. 81.

I. Vertrag. D. Wirkung. — Geschwächte Wirkung.

Die regelmäßige Wirkung des Vertrags (§ 72) konnte Abweichungen erleiden, theils durch Verstärkung (§ 79. 80), theils durch Schwächung. Die hieraus entstehende geschwächte Wirkung (worunter selbst die völlig vernichtete zu denken ist) soll nunmehr dargestellt werden.

Die meisten äußeren Einflüsse, wodurch eine solche Schwächung hervorgebracht werden kann, sind den Verträgen nicht eigenthümlich, sondern mit allen anderen Willenserklärungen gemein, so daß die Natur derselben schon in Verbindung mit diesen an einem anderen Orte bereits dargestellt worden ist. Dahin gehört der Zwang, der Betrug und der Irrthum (a). Die Art ihres Einflusses aber auf die Schwächung der Verträge kann nicht hier klar gemacht werden, sondern nur im speciellen Obligationenrecht, im Zusammenhang mit den Delicten (b).

Nur Ein hierher gehörender Fall bedarf an diesem Orte noch einer genaueren Ausführung. Dieses ist die Unmög-

(a) Vgl. System B. 3 § 114. 115.

(b) Nämlich mit den Delicten, deren Wesen nicht in der Verletzung materieller Rechte besteht, sondern in der, die Rechtsordnung störenden Gesinnung (Unredlichkeit und Eigenmacht). Dieses gilt jedoch nur von dem Zwang und Betrug, vermittelst der actio und exceptio metus, actio und exceptio doli. Der Irrthum schwächt in der Regel gar nicht, sondern nur ausnahmsweise, die Wirkung der Verträge. Vgl. System B. 3 Beilage VIII. Num. X. XI. XII.

lichkeit der Erfüllung, wodurch die Obligation selbst ungültig werden kann (c).

Zwar der Begriff, und die verschiedenen denkbaren Gründe, einer solchen Unmöglichkeit sind schon oben, in Anwendung auf die Obligationen im Allgemeinen festgestellt worden, und brauchen also hier, bei den Verträgen, nur in Erinnerung gebracht zu werden (d): es kommt dabei auf folgende Sätze an, die für alle Obligationen überhaupt gelten. Es kann eine Handlung unmöglich seyn aus natürlichen Gründen, oder aus Rechtsgründen. — Das Rechtswidrige und das Unsittliche ist an sich durchaus möglich, es wird aber in der rechtlichen Beurtheilung, besonders in Anwendung auf die Obligationen, dem Unmöglichen gleich behandelt. — Nur diejenige Unmöglichkeit wird anerkannt, die in der Natur der Handlung an sich gegründet ist (die objective), nicht die, welche sich auf die persönlichen Verhältnisse des Schuldners gründet (die subjective).

Allein die Wirkung der Unmöglichkeit konnte nicht für die Obligationen überhaupt aufgestellt werden. Es war also dafür ein besonderer Vorbehalt nöthig für die Lehre von der Wirkung der Verträge (e), welcher Vorbehalt an dem gegenwärtigen Ort seine Erledigung finden soll, an

(c) Vgl. Puchta Pandekten § 220, Vorlesungen § 220. — Unterholzner Schuldverhältnisse B. 1 § 100—102. Damit sind noch folgende Stellen zu vergleichen: System B. 3 S. 302—304, und B. 3 § 121 bis 124.

(d) Obligationenrecht B. 1 § 37.

(e) Obligationenrecht B. 1 S. 382.

welchem überhaupt die Schwächung der Wirkung in Folge äußerer Einflüsse zur Erwägung gebracht wurde.

Die Unmöglichkeit aber, von welcher hier die Rede seyn soll, kann nur gedacht werden als vorhanden zur Zeit der ursprünglichen Entstehung der Obligation, also zur Zeit des geschlossenen Vertrags. Denn wenn sie erst in irgend einem späteren Zeitpunkt eingetreten seyn sollte (z. B. durch den Tod eines verkauften Pferdes vor der Uebergabe), so würde sie nicht mehr in den gegenwärtigen Bereich der Betrachtung (zur ursprünglichen Entstehung der Obligationen) gehören, sondern in die Lehre von der Umwandlung der Obligationen (§ 51), welche nach ganz eigenthümlichen Regeln zu beurtheilen ist.

Eine vorläufige Uebersicht über die in unseren Rechtsquellen erwähnten wichtigsten Fälle, worin die Erfüllung einer Obligation als unmöglich erscheint, mag als Einleitung dienen in die folgenden Aussprüche über die Rechtsregeln selbst, auf welche es eigentlich ankommt.

Am häufigsten bezieht sich die Unmöglichkeit auf solche Obligationen, die auf ein G e b e n, also auf die Uebertragung des Eigenthums, oder doch der Ausübung des Eigenthums in eigenem Namen, gerichtet sind.

Ein solches Geben ist unmöglich, wenn die Sache, die den Gegenstand bildet, niemals ein Daseyn gehabt hat (f),

(f) Wenn nämlich, wie es von den Parteien vorausgesetzt gewöhnlich ist, die zu gebende wird. Denn ein Vertrag über Sache als eine schon vorhandene eine Sache, deren künftiges Da-

oder untergegangen ist (g), oder kein Daseyn haben konnte, wie z. B. ein fabelhaftes Thier (h). — Ferner wenn der Gegenstand aus Rechtsgründen nicht im Eigenthum seyn kann (quod in commercio non est), wie eine res sacra oder publica, oder ein freier Mensch, über welchen wie über einen Sklaven verfügt wird. Eben so, wenn die zu gebende Sache bereits im Eigenthum des Glaubigers ist, also nicht erst jetzt in dessen Eigenthum gebracht werden kann (i). — Ferner wenn der Gegenstand eine nicht vorhandene Erbschaft ist, etwa indem der vermeintliche Erblasser noch lebt (k). — Die Unmöglichkeit kann sich ferner auf die Modalitäten gründen; so wenn das Versprechen an eine unmögliche Bedingung geknüpft wird (l), oder an eine unmöglich einzuhaltende Zeit. So wenn Jemand in Rom verspricht, noch an demselben Tage in Karthago eine Geldsumme auszuzahlen (m).

seyn als wahrscheinlich, oder auch als zufällig möglich, in dem Vertrag gedacht wird (spes und res sperata), ist zulässig und wirksam. *L.* 8 *L.* 34 §. 2 *de contr. emt.* (18. 1).

(g) Als unzweifelhafter Untergang ist der Tod eines Sklaven oder Thieres zu betrachten. Die Zerstörung eines Hauses oder eines Waldes durch Feuer ist insofern kein Untergang, als der Boden fortdauert. In wiefern aber eine so wesentliche Veränderung der Form juristisch als Untergang zu betrachten ist, muß aus den Gewohnheiten des Verkehrs beurtheilt werden. *L.* 57. 58 *de contr. emt.* (18. 1). Vgl. System B. 3 S. 284.

(h) §. 1 *J. de inut. stip.* (3. 19), *L.* 97 *pr. de V. O.* (45. 1).

(i) §. 1. 2 *J. de inut. stip.* (3. 19), *L.* 1 § 9 *de O. et A.* (44. 7), *L.* 83 § 5 *L.* 103 *de V. O.* (45. 1), *L* 182 *de R. J.* (50. 17).

(k) *L.* 7. 8. 9 *de hered. vel act.* (18. 4).

(l) *L.* 31 *de O. et A.* (44. 7). (Vgl. System B. 3 § 121—124.

(m) § 5 *J. de V. O.* (3 15).

Nach dieser Vorbereitung wende ich mich zu den Rechtsregeln selbst.

An die Spitze wird die Regel gestellt, daß jede unmögliche Obligation als nichtig zu betrachten sey (n), wobei kein Unterschied in der Art der Verträge, und keine Rücksicht auf das Bewußtseyn der Parteien, erwähnt wird.

Diese Regel wird angewendet auf alle Stipulationen, worin ein unmögliches Geben oder ein unmögliches Thun versprochen wird (o). Insbesondere wird sie angewendet auf Stipulationen unter unmöglichen Bedingungen (p); ferner auf das Versprechen unsittlicher oder rechtswidriger Handlungen (q).

Mehrere der hier angeführten Stellen erwähnen dabei die Unbekanntschaft des Glaubigers mit der Unmöglichkeit der Erfüllung (r). Diese Erwähnung hat Manche durch

(n) *L.* 185 *de R. J.* (50. 17) „Impossibilium nulla obligatio est". — *L.* 31 *eod.* (pactum und stipulatio neben einander genannt).

(o) *L.* 35 *pr. de V. O.* (45.1) „Si stipulor, ut id fiat, quod natura fieri non concedit, non magis obligatio consistit, quam cum stipulor, ut detur, quod dari non potest" ..., §. 1. 2 *J. de inut. stip.* (3. 19), *L.* 1 § 9. *de O. et A.* (44. 7).

(p) *L.* 1 § 11 *L.* 31 *de O. et A.* (44. 7). Hier wird neben der Stipulation auch der Kauf erwähnt.

(q) *L.* 26, *L.* 27 *pr. de V. O.* (45. 1), *L.* 15 *de cond. inst.* (28. 7).

(r) § 1 *J. de inut. stip.* (3.19) „veluti Stichum, qui mortuus sit, *quem vivere credebat*" ... §. 2 *J. eod.* „*quem servum esse credebat*" . . . *L.* 1 § 9 *de O. et A.* (44. 7) „naturali ratione inutilem esse stipulationem, veluti si de homine libero . . . facta sit stipulatio, *inter eos, qui ignoraverint, eum hominem liberum esse*" . . .

den Schein getäuscht, als wäre diese Unbekanntschaft die Bedingung der Ungültigkeit, so daß im Gegensatz dieses Falles die Stipulation gültig wäre, wenn der Glaubiger ein Bewußtseyn der Unmöglichkeit hätte. Dieses kann aber so wenig der Fall seyn, daß vielmehr das Bewußtseyn des Glaubigers ein neues und noch stärkeres Hinderniß einer gültigen Stipulation seyn müßte (s). Jene Erwähnung kann vielleicht blos dazu bestimmt seyn, dem Leser das Unternehmen eines so zweckwidrigen Vertrags begreiflich zu machen; vielleicht auch ist sie in dem Sinne zu nehmen, daß die Stipulation ungültig seyn soll, obgleich der Glaubiger die Unmöglichkeit nicht kennt (t), woran man vielleicht zweifeln konnte mit Rücksicht auf die verschiedene Behandlung des Kaufs, wovon sogleich die Rede seyn wird.

Dieselbe Regel, wie bei der Stipulation, wird auch angewendet auf den Kauf, und zwar, nach dem scheinbaren Ausdruck einiger allgemein redenden Stellen, eben so unbedingt, wie bei der Stipulation (u).

Dieses ist aber nur scheinbar. Denn viele andere Stellen, die sehr in das Einzelne eingehen, stellen vielmehr übereinstimmend folgende durchgreifende Unterscheidung auf. — Entweder ist der Glaubiger, der das Recht erwerben

(s) *L.* 31 *de O. et A.* (44.7).

(t) Vinnius in § 2 J. de inut. stip. N. 3.

(u) *L.* 15 *pr. de contr. emt.* (18. 1). „Etsi consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, *nulla emtio est*". — Eben so *L.* 34 § 1 *eod.* „... *nulla venditio est*".

soll (hier also der Käufer), unbekannt mit der Unmöglichkeit, oder er ist damit bekannt. Und zwar bezieht sich diese Unterscheidung nicht ausschließend auf den Kauf, sondern auf alle diesem gleichartige Geschäfte, wie den Tausch, das Geben an Zahlungsstatt u. s. w. (v).

Im ersten Fall, wenn der Glaubiger unbekannt ist mit der Unmöglichkeit, ist der Vertrag gültig, so daß der Käufer Entschädigung fordern darf für das Recht, welches ihm nicht unmittelbar verschafft werden kann. Dabei ist ganz gleichgültig das Bewußtseyn des Verkäufers, der also mit der Unmöglichkeit bekannt oder unbekannt seyn mag (w).

Im zweiten Fall, wenn der Glaubiger die Unmöglichkeit kennt, ist der Vertrag nichtig, so daß er keine Entschädigung fordern darf (x). — Auch steht hier mit dem wirklichen Bewußtseyn des Käufers auf gleicher Linie eine solche Unbekanntschaft, die nur durch grobe Nachlässigkeit desselben herbeigeführt werden konnte (y).

(v) *L.* 4 *L.* 29 *C. evict.* (8. 45). Ganz eben so, wie bei der Eviction, also dem Verkauf einer Sache, die nicht dem Verkäufer, sondern einem Dritten, gehört.

(w) § 5 *J. de emt.* (3. 23), *L.* 4 *L.* 62 § 1 *de contr. emt.* (18. 1). — *L.* 70 *de contr. emt.* (18. 1), *L.* 39 § 3 *de evict.* (21. 2), *L.* 25 *C. eod.* (8. 45). Die drei letzten unter den hier angeführten Stellen erwähnen ausdrücklich auch den Fall, wenn der Verkäufer gleichfalls unwissend über das Sachverhältniß ist.

(x) *L.* 6 *pr.* *L.* 34 § 2, *L.* 57 § 3, *L.* 70 *de contr. emt.* (18. 1).

(y) *L.* 15 § 1 *de contr. emt.* (18. 1). „Ignorantia emtori prodest, quae non *in supinum hominem* cadit“. Ueber die supina ignorantia und die negligentia crassa vgl. *L.* 6 *de jur. et facti ign.* (22. 6). — Die Verwechselung eines freien Menschen mit einem Sklaven konnte

Vergleichen wir diese Regeln mit der ganz verschiedenen unbedingten Regel für die Stipulation, so müssen wir als Grund und Gränze die Zweiseitigkeit des Kaufs und der demselben ähnlichen Verträge, so wie den bonae fidei Charakter derselben anerkennen.

Der mit der Unmöglichkeit unbekannte Käufer kann nun unter andern von dem Verkäufer hierüber getäuscht worden seyn, und in diesem Fall ist die Verpflichtung des Verkäufers zur Entschädigung besonders einleuchtend. Auch erwähnen einige Stellen des emtor d e c e p t u s (z). Es würde aber durchaus irrig seyn, den Betrug von Seiten des Verkäufers als Grund und Bedingung einer Verbindlichkeit zur Entschädigung anzusehen. Dieses muß schon deswegen verworfen werden, weil dieselbe Verbindlichkeit auch eintreten soll, wenn der Verkäufer die Unmöglichkeit nicht kennt (Note w). Die Erwähnung des emtor deceptus kann vielleicht blos beispielsweise gemeint seyn, da im Fall eines Betrugs die Verbindlichkeit besonders unzweifelhaft wird. Es kann aber auch der Ausdruck deceptus, so wie

besonders leicht geschehen (*L.* 5 *de contr. emt.* 18. 1), und daher wird dieser Fall öfter bei der Unbekanntschaft des Käufers erwähnt. Ganz irrig aber haben deshalb Manche die ganze Regel auf diesen Fall beschränken wollen, der doch in *L.* 4 *eod.* mit mehreren anderen Fällen ohne alle Unterscheidung zusammen gestellt wird.

(z) § 5 *J. de emt.* (3. 23) „si pro privatis vel profanis *deceptus a venditore* emerit, habebit actionem ex emto“ . . . *L.* 62 § 1 *de contr. emt.* (18. 1) „ . . . quod interfuit ejus, *ne deciperetur*“.

er in manchen anderen Stellen vorkommt, blos den unbestimmten Sinn des getäuschten Käufers mit sich führen, wobei es unentschieden bleibt, ob diese Täuschung ihren Grund hat in der Unredlichkeit des Gegners oder nicht (aa).

Versuchen wir die hier für den Kauf und ähnliche Verträge aufgestellten unterscheidenden Regeln anzuknüpfen an verwandte Rechtssätze derselben Arten der Verträge, so bietet sich dafür eine unverkennbare Analogie dar in der Lehre von der Gewährleistung für Eviction. Zwar ist die Eviction ihrem Wesen nach ganz verschieden von dem hier vorliegenden Fall der objectiven Unmöglichkeit, welche als Grundlage der Eviction niemals behauptet werden kann (bb). Allein die Rechtsregeln, die dabei eintreten, sind den so eben aufgestellten ganz gleichartig. — Auch bei der Gewährleistung für die Eviction ist die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Verkäufers gleichgültig. Dagegen wird auch diese Verbindlichkeit ausgeschlossen, wenn der Käufer weiß, daß ein Dritter zur Eviction berechtigt ist (cc).

(aa) Vgl. *L.* 18 *de his qui not.* (3. 2) „Ea, quae *falsa existimatione decepta est*" ... Eben so auch in anderen Stellen. In der bekannten *L.* 7 § 1 *de except.* (44. 1) gehen hierauf die Worte: „quod si *deceptus sit in re*". Vgl. Savigny vermischte Schriften B. 2 S. 342, und: System B. 7 § 335 k.

(bb) Nämlich der Grund, aus welchem der Verkäufer gehindert ist, den dauernden Besitz der Sache zu verschaffen, liegt blos in seinem (persönlichen) mangelhaften Rechtsverhältniß zur Sache.

(cc) *L.* 27 *C. de evict.* (8.45), *L.* 7 *C. comm. utr. jud.* (3. 38).

§. 82.

II. Delict. A. Begriff dieser Obligation, und Arten derselben.

Als die zwei allgemeinsten und wichtigsten Entstehungsgründe der Obligationen sind oben aufgestellt worden: die Verträge und die Delicte (§ 51). Bisher ist von den Verträgen die Rede gewesen (§ 52—81); nunmehr sollen die Delicte, als zweiter Entstehungsgrund, nach ihren gemeinsamen Begriffen und Rechtsregeln, dargestellt werden (a).

Die Grundlage eines jeden Delicts ist die Rechtsverletzung, und man könnte also versuchen, die Obligationen aus Delicten so zu erklären, als seyen es die Obligationen aus Rechtsverletzungen. Allein bei weitem die meisten Rechtsverletzungen führen gar nicht zur Entstehung besonderer, selbstständiger, Obligationen, sondern nur auf den einfachen Rechtsschutz, das heißt auf die Abwehr oder Herstellung, welche bewirkt werden soll, wenn die wahre Rechtsgränze zwischen zwei Personen verrückt worden ist. Dieser Rechtsschutz wird meist gewährt durch Klagen oder Einreden, je nachdem das äußere Bedürfniß die einen oder die anderen erfordert; in manchen Fällen auch blos durch Einreden, und nicht durch Klagen. Der Rechtsschutz also besteht in der Zurückführung des thatsächlichen Zustandes auf

(a) Vgl. System B. 5 § 210. § 230. 261, und: Vorlesungen 211. 212. — Puchta Pandekten § 230. 261.

das wahre Rechtsgebiet, also in der Beseitigung einer Herrschaft, die von Demjenigen ausgeübt wird, dem sie nicht gebührt, und welche wir auch ausdrücken können als ein rechtswidriges, ungebührliches Haben.

Der hier beschriebene einfache Rechtsschutz fällt zusammen mit dem Begriff des schon anderwärts abgehandelten Klagrechts (b), und ist an sich ganz unabhängig von dem Bewußtseyn und der Gesinnung des Verletzers.

Als Beispiele solcher Mittel des einfachen Rechtsschutzes, ganz verschieden von den Delicten, können folgende dienen. Die Klagen aus dem Eigenthum, den Servituten, dem Pfandrecht. Ferner die Klagen aus dem Darlehen, dem Kauf, und anderen Verträgen. Diese letzten Klagen gehören dahin, ohne Unterschied, ob sie auf die verweigerte Erfüllung des Vertrags unmittelbar gerichtet werden, oder auf die durch Dolus, Culpa, Mora herbeigeführte Modification in dem ursprünglichen Inhalt des Vertrags.

Wollen wir also von dem Begriff der Rechtsverletzung aus zu dem Begriff des Delicts gelangen, auf welchen es gegenwärtig ankommt, so müssen wir jenem ersten Begriff noch einen wesentlichen Zusatz geben.

Als Delict muß bezeichnet werden eine solche Rechtsverletzung, aus welcher eine eigene, selbstständige Obligation entsteht, unabhängig von der eben angegebenen Beseitigung des rechtswidrigen Habens. — Darin liegt der Unterschied

(b) Vgl. System B. 5 § 205.

der Delictsobligationen von den bloßen, einfachen Klagrechten. Jedoch kommen beide darin überein, daß sie nur unter Voraussetzung eines gestörten Rechtszustandes vorkommen können, und dieser Störung entgegen zu wirken bestimmt sind.

Die Obligationen aus Delicten werden meist zur Geltung gebracht durch besondere Klagen; in einzelnen, seltnern Fällen durch bloße Einreden (c).

Sie unterscheiden sich von anderen Obligationen dadurch, daß sie stets mit einer rechtswidrigen Gesinnung in Verbindung stehen, mag nun diese in einer auf Rechtsverletzung gerichteten Absicht bestehen (Dolus), oder in dem Mangel der zu aller Rechtsordnung erforderlichen Besonnenheit (Culpa). Daher sind sie nur möglich unter Voraussetzung der Fähigkeit zur Zurechnung in der Person des Schuldners (d).

Die aus den Delicten entspringenden Klagen heißen Strafklagen, poenales actiones, weil bei ihnen stets die Natur einer Strafe in irgend einer Beziehung wahrgenommen wird. Die Strafe erscheint aber in ihnen auf folgende verschiedene Weise.

Erstlich so, daß der Verletzer dem Verletzten eine Geldsumme zu zahlen hat, unabhängig von der Vergütung, wodurch die Verletzung selbst auf anderem Wege (oft durch eine andere Klage) ausgeglichen werden soll, vielleicht auch

(c) Beispiele: die exceptiones doli und metus.

(d) Vgl. System B. 3 § 108 S. 41.

schon ausgeglichen ist. — In diesem Fall wird der Verletzer um jene Summe ärmer, als er vor der Verletzung war, der Verletzte um eben so viel reicher. Die zu zahlende Summe ist die Privatstrafe, die nach beiden Seiten hin eine Veränderung in dem Umfang des Vermögens bewirkt.

Zweitens so, daß der Verletzer dem Verletzten, um des Delictes Willen, den Nachtheil zu vergüten hat, der durch die Verletzung entstanden ist. — In diesem Fall wird der Verletzte gar nicht reicher, sondern nur nicht ärmer, als er vor der Verletzung war. Der Verletzer aber hat den entstandenen Nachtheil unbedingt zu vergüten, selbst in dem Fall, wenn er durch die Verletzung keinen Vortheil, oder nur einen geringeren Vortheil, im Vergleich mit der Vergütung, erhalten haben sollte. Der Verletzer wird also möglicherweise (nicht immer und nothwendig) ärmer durch die Klage, als er vor der Verletzung war. Wegen dieser Gefahr wirkt auf den Verletzten die Klage als Strafe, und daher ist auch diese Anwendung der Delictsklagen unter die Strafklagen zu rechnen (e).

(e) Am anschaulichsten wird das Verhältniß in der doli actio. Wer durch den Betrug eines Andern Hundert verliert, bekommt diese Hundert vergütet, bleibt also in demselben Vermögenszustand, wie vor dem Betrug. Der Betrüger hat vielleicht durch den Betrug dieselben Hundert gewonnen, die der Betrogene verlor, vielleicht nur Fünfzig, vielleicht gar Nichts, wenn er nur aus Bosheit, nicht aus Gewinnsucht, betrog. Im ersten Fall wird er durch die Klage um gar Nichts ärmer, als er vor dem Betrug war; im zweiten Fall um Fünfzig, im dritten Fall um Hundert, welche ganze Summe dann als Strafe auf ihn wirkt.

Um diese beiden Anwendungen der Delictsklagen von einander scharf zu unterscheiden, nenne ich die ersten: zweiseitige Strafklagen, die zweiten: einseitige.

Wenn wir diese beiden Arten der Strafklagen mit den oben erwähnten Klagen zusammenstellen, die lediglich auf die Erhaltung oder Herstellung des Rechtszustandes wirken, also einfache Mittel des Rechtsschutzes sind, so erhalten wir folgende drei Classen von Klagen überhaupt:

Erhaltende Klagen.

Einseitige Strafklagen.

Zweiseitige Strafklagen.

Jede dieser Classen ist dazu bestimmt, eine entsprechende Gattung von Obligationen zur Ausführung zu bringen. Die Klagen der beiden ersten Classen kommen überein in dem gemeinsamen Zweck, den Rechtszustand des Glaubigers unverändert zu erhalten, also gegen Verminderung zu schützen. Die der dritten Classe sind gerichtet auf eine Privatstrafe, also auf Erweiterung des Rechtszustandes des verletzten Glaubigers.

Durch welche einzelne Rechtsmittel diese verschiedenen Zwecke verfolgt werden, ist eine untergeordnete Frage, und es kommt dabei, je nach den einzelnen Delicten, eine verschiedene Behandlung vor. Wer durch Diebstahl verletzt ist, hat eine erhaltende Klage (die condictio furtiva), wo-

durch ihm die gestohlene Sache, oder der Werth derselben, wieder verschafft wird. Daneben aber hat er eine zweiseitige Strafklage (die furti actio) auf reine Privatstrafe. — Im Fall des Raubes, oder der gewaltsamen Entwendung, dient eine und dieselbe Klage (die actio vi bonorum raptorum) als einseitige und zweiseitige Strafklage zugleich. Der Beraubte erhält durch sie die geraubte Sache oder deren Werth, und daneben noch, als reine Privatstrafe, den dreifachen Werth des geraubten Gutes (f). — Die Klagen, welche auf diese vereinigten Zwecke gerichtet sind, heißen mixtae actiones; es würde aber unlogisch seyn, daraus eine vierte Classe von Klagen bilden zu wollen, indem durch jenen Namen nur die Eigenthümlichkeit des Verfahrens für manche Fälle bezeichnet wird.

In dieser Uebersicht sind die Delictsobligationen als gleichbedeutend behandelt worden mit den Strafklagen, wodurch sie geltend gemacht werden. Diese Behandlung ist auch bei den meisten und wichtigsten dieser Obligationen völlig zutreffend; nur nicht bei allen. Denn es giebt auch mehrere Obligationen aus wahren Delicten, deren Folgen, die selbst in eigentlichen Privatstrafen bestehen können, durch andere Formen von Rechtsmitteln, als durch eigene Klagen, geltend gemacht werden. Dieses findet sich besonders bei solchen Delicten, die mit dem Klagenrecht und dem Prozeß in Verbindung stehen.

(f) § 18. 19 *J. de act.* (4. 6).

Dahin gehört in manchen Fällen die Selbsthülfe. Wenn ein Glaubiger gegen den Schuldner sich eigenmächtig Recht verschafft, so verliert er zur Strafe seine Forderung (g). Diese Privatstrafe führt also nicht sowohl auf eine Klage, als auf eine Exception. — Wenn in der Eigenthumsklage der Besitzer seinen Besitz abläugnet, verliert er denselben zur Strafe an den Kläger, so daß er nun selbst als Kläger aufzutreten genöthigt ist (h). Diese Strafe wird also nicht durch eine eigene Klage, sondern bei Gelegenheit einer anderen, und zwar einer erhaltenden, Klage vollzogen. — Wenn umgekehrt ein Nichtbesitzer sich unredlicher Weise für den Besitzer ausgiebt, so muß er sich zur Strafe als den Besitzer behandeln lassen, also die Eigenthumsklage als Beklagter übernehmen. Dasselbe geschieht, wenn der wirkliche Besitzer den Besitz unredlicher Weise weggiebt, lediglich in der Absicht, um Dem, welcher die Eigenthumsklage anstellen will, die Verfolgung seines angeblichen Rechts zu erschweren oder unmöglich zu machen (i). — Es giebt einige Klagen, bei welchen der Beklagte, welcher die Thatsache unredlicher Weise läugnet, zur Strafe den doppelten Betrag entrichten muß (k). Hier wird also die Strafe nicht durch

(g) *L.* 12 § 2 *L.* 13 *quod metus* (4. 2) „jus crediti non habebit“. *L.* 7 *ad L. Jul. de vi priv.* (48. 7).

(h) *L.* 80 *de rei vind.* (6. 1).

(i) *L.* 25 *L.* 27 § 3 *de rei vind.* (6. 1), *L.* 131 *L.* 157 § 1 *de R. J.* (50. 17). Es sind die beiden Fälle der s. g. ficta possessio.

(k) § 26 *J. de act.* (4. 6), Gajus Lib. 4 § 9. 171, Paulus I. 19. Vgl. Puchta Pandekten §. 271.

eine eigene Klage verfolgt, sondern durch die Hauptklage, die nur, wegen des Delicts, zu einer höheren Verurtheilung führt.

Mit dem Begriff der Strafklagen darf nicht verwechselt werden der Begriff der auf Vindicta gerichteten Klagen (l). Darunter sind solche Klagen zu verstehen, wodurch bald eine Strafe, bald auch ein anderes Vermögensrecht, verfolgt wird, jedoch so, daß diese Verfolgung nicht als Zweck, sondern als Mittel des ganzen Verfahrens, anzusehen ist, während der Zweck auf ein sittliches, oder auch auf ein öffentliches Interesse gerichtet ist. Diese Klagen **können** zugleich eigentliche Strafklagen seyn, ja die meisten derselben haben diesen Charakter; so die Injurienklage, und ferner alle Popularklagen (m). Es giebt aber auch solche, die als Strafklagen nicht gelten können; so die inofficiosi querela, und das Interdict quod vi aut clam.

§. 83.

II. Delict. B. Privatstrafen.

Unter den Obligationen aus Delicten, von welchen gegenwärtig die Rede ist, findet sich eine, die eine nähere Betrachtung vorzugsweise in Anspruch nimmt, weil sich auf

(l) Vgl. System B. 2 § 73, B. 5 § 212 S. 60.

(m) Die eigenthümliche Natur der Popularklagen wird sogleich hervorgehoben werden (§ 83). Sie waren Strafklagen, beruhten jedoch nicht auf Obligationen.

sie sehr mannichfaltige Zweifel und Streitigkeiten unserer Schriftsteller beziehen. Dieses ist die Obligation auf Privatstrafe, von welcher bereits gesagt worden ist, daß sie durch eine zweiseitige Strafklage bei den Römern verfolgt wurde (§ 82).

Diese Obligation gehört durch ihren Zweck, die Strafe, dem großen, selbstständigen Gebiete des Criminalrechts, also eines Zweiges des öffentlichen Rechtes, an (a). Ich sage nicht, daß sie mit demselben blos Aehnlichkeit hat, und verwandt ist; vielmehr hat sie eine doppelte Natur, und gehört beiden Rechtsgebieten wirklich an: dem Criminalrecht durch ihren Grund und Zweck, dem Privatrecht durch ihre Form und ihre Wirkung.

Um aber zu einer vollständigeren Einsicht zu gelangen in das Verhältniß zwischen der hier genannten Obligation, und dem eigentlichen Criminalrecht, so wie es in der heutigen Zeit allein erscheint, ist es nöthig, in die allgemeine Natur des Criminalrechts genauer einzugehen.

Der Zweck der Strafe wird in sehr verschiedener Weise angegeben, und jeder dieser Angaben kann eine relative, wenngleich untergeordnete, Wahrheit zugeschrieben werden. Zwar als höchsten Zweck müssen wir die juridische Vergeltung anerkennen; aber neben derselben hat auch die Rücksicht auf folgende Zwecke ihre Berechtigung. Zuerst die Abschreckung, und auch diese wieder in zweierlei Weise:

(a) Vgl. System B. 1 § 9 Note c.

Abschreckung durch die gesetzliche Androhung der Strafe, und Abschreckung durch die vollzogene Strafe selbst. Ferner die Besserung. Endlich auch die Abwendung der die Rechtsordnung störenden Selbsthülfe und der Privatrache, besonders wichtig in Zeiten unvollkommener, unentwickelter Staatseinrichtungen. — Alle diese Zwecke passen auf die Privatstrafen eben sowohl, als auf die öffentlichen Strafen, und insbesondere war der letzte dieser Zwecke (die Abwendung der Privatrache) vorzüglich leitend, sowohl bei den altdeutschen Compositionen, als bei den Römischen Privatstrafen (b).

Die Strafmittel, das heißt die Uebel, durch deren Zufügung die Strafe vollzogen wird, sind im Allgemeinen sehr verschieden. Es gehört dahin der Tod, die Beschränkung der Freiheit (durch Gefangenschaft, Zwang zur Arbeit, Verbannung), die Entziehung politischer Rechte, Entziehung oder Verminderung des Vermögens.

Die Obligation auf Privatstrafe ging im Römischen Recht, mit wenigen Ausnahmen der allerältesten Zeit (c),

(b) Daher war schon in den zwölf Tafeln bei der furti und der injuriarum actio der ausdrückliche Vorbehalt gemacht, daß der Vertrag die Strafe ausschließe, weshalb auch noch im neueren Recht in diesen Fällen der Vertrag ipso jure die Klage ausschloß, nicht blos (wie in anderen Fällen) per exceptionem. *L.* 17 § 1 *de pactis* (2. 14), GELLIUS XX. 1, FESTUS *v. Talio.*

(c) Nach den zwölf Tafeln ging die actio furti manifesti, wenn der Dieb ein freier Mensch war, auf Geißelung und Addiction an den Bestohlenen, war er ein Sklave, auf Geißelung und Tod durch Herabstürzen (GELLIUS XI. 18); in der Addiction lag allerdings auch eine Bereicherung. Die Injurienklage ging, im Fall eines zerbrochenen oder abgehauenen Gliedes (membrum ruptum)

nur allein auf eine Geldsumme, die der Verletzer dem Verletzten zahlen mußte, wodurch also jener ärmer, dieser aber reicher wurde, als beide vor der Verletzung waren. Mehrere Gründe mögen zusammen gewirkt haben, diese Einrichtung zu treffen, und ihr eine bedeutende Ausdehnung zu geben. Der Geldgewinn sollte dem Verletzten den Antrieb geben, die Klage anzustellen, und so die Strafe im öffentlichen Interesse der Gerechtigkeit zu bewirken. Die Privatrache sollte dadurch sicherer abgewendet werden.

Die Popularklagen hatten mit den eben erwähnten Fällen die Aehnlichkeit, daß der Beklagte dem Kläger eine Privatstrafe in Geld entrichten mußte (d). Sie beruhten aber nicht auf einer Obligation, indem in ihnen nicht zwei individuelle Personen, als Verletzter und Verletzer, gegen einander standen (e), sondern der Kläger eine allgemeine Bürgerpflicht ausübte, um irgend ein öffentliches Interesse (politisches, polizeiliches, sittliches) durch die Strafe zu schützen (f). Wenn in einem Fall solcher Art eine einzelne

auf Talion, also ganz ohne Bereicherung (Festus *v. Talio*). Allein diese Strafen wurden sehr frühe abgeschafft, und nun waren nur noch Privatstrafen in Geld übrig.

(d) Es kommt jedoch ein Fall vor, worin die Strafe von Hundert aurei halb an den Kläger, halb an die Staatscasse, gezahlt wurde, nämlich bei der Verletzung des Sc. Silanianum. *L.* 25 § 2 *de Sc. Silan.* (29. 5). In einem anderen Fall kommt die ganze Strafe an den Staat. *L.* 3 *de term.* (47. 21).

(e) *L.* 11 *L.* 12 *pr. de V. S.* (50. 16). Wer eine actio ex delicto hat, ist deshalb Creditor des Gegners, wer eine Klage ex populari causa hat, ist es nicht, wird es jedoch durch die Litiscontestation, weil diese eine Obligation erzeugt.

(f) *L.* 1 *de pop. act.* (47. 23) „Eam popularem actionem

Person besonders verletzt und betheiligt war, so blieb die Klage dennoch eine Popularklage, und es hatte nur der Betheiligte das Recht, jedem nichtbetheiligten Kläger, der sich gleichzeitig zur Klage meldete, vorgezogen zu werden (g).

Ueber die Richterbehörden ist für unseren gegenwärtigen Zweck nur Folgendes zu bemerken. Für Verbrechen und öffentliche Strafen hat im Römischen Staat das Richteramt nach und nach sehr verschiedene Formen angenommen, und häufig gewechselt. Zur Zeit der ausgebildeten Republik bestand eine Anzahl von Volksschlüssen, welche für einzelne Verbrechen die Form des Verfahrens unter besonderen Prätoren, und großentheils auch die Strafe, festsetzten. Diese Gerichte hießen publica judicia, die an sie gewiesenen Verbrechen publica crimina. Neben denselben aber stand eine stets wachsende Zahl von Verbrechen, deren freiere Behandlung durch den Ausdruck extraordinaria crimina bezeichnet wurde.

Völlig verschieden waren in dieser Hinsicht die Strafklagen, und zwar sowohl die aus den Delictsobligationen, als die Popularklagen. Beide wurden vor den gewöhnlichen Civilgerichten verhandelt, also vor denselben Gerichten, wie die Streitigkeiten über Eigenthum und Contracte.

dicimus *quae suum jus populi tuetur*". *L.* 43. § 2 *de proc.* (3. 3.). „In popularibus actionibus, *ubi quis quasi unus ex populo agit*". ... Es kommen davon folgende Fälle vor: *L.* 7—9 *de jurisd.* (2. 1), *L.* 5 § 6. 13 *de his qui effud.* (9. 3), *L.* 3 *pr.* § 10. 12 *de sep. viol.* (47. 12), *L.* 3 *pr. de term.* (47. 21), *L.* 40—42 *de aedil. ed.* (21. 1).

(g) *L.* 3 § 1 *L.* 6 *de pop. act.* (47. 53).

Sie standen daher unter der Leitung der Civil-Prätoren, und in dem Verfahren derselben traten weit weniger Veränderungen ein, als in dem Verfahren über öffentliche Verbrechen und Strafen.

Noch wichtiger für unseren Zweck, als die Richterbehörden, sind diejenigen Personen, welchen der Anstoß zum Strafverfahren zusteht. Dabei läßt sich im Allgemeinen eine zweifache Einrichtung denken. Jener Anstoß kann in die Hände öffentlicher Beamten gelegt werden (so wie es sich in neueren Zeiten gestaltet hat), er kann aber auch den Privatpersonen überlassen bleiben (h). Dieses Letzte war die alte Römische Einrichtung. Sie bestand für die Anklage wegen der öffentlichen Verbrechen und Strafen, welche als gemeinsame Bürgerpflicht angesehen wurde, jedoch so, daß in manchen Fällen ein bei dem Verbrechen betheiligter Ankläger vor jedem nichtbetheiligten den Vorzug verlangen konnte, wenn sich beide gleichzeitig zur Anklage meldeten. Dieselbe Einrichtung bestand um so mehr bei den Strafklagen aus Delictsobligationen, welche natürlich nur von dem Verletzten erhoben werden konnten. Sie bestand aber eben so auch bei den Popularklagen, und auch hier wieder mit einem Vorzug des betheiligten Klägers vor dem nichtbetheiligten (Note g).

Allerdings finden sich im neueren Römischen Recht auch schon Fälle vor, in welchen die Bestrafung von Ver-

(h) Vgl. System B. 1 § 9 Note c.

brechen durch öffentliche Beamte veranlaßt werden konnte; jedoch erscheint diese Einrichtung nur in beschränkter Weise, und nur als Ausnahme von der Regel (i).

Wenn wir das hier dargestellte Verhältniß der Privatstrafen aus den Delictsobligationen, zu den öffentlichen Strafen aus Verbrechen, mit einem Gesammtblick überschauen, so liegt der wesentliche Unterschied nicht in der Geldstrafe, da diese auch bei manchen öffentlichen Verbrechen, vorkommt (k); auch nicht in der Bereicherung des Klägers, die sich eben so bei den Popularklagen findet, welche außerdem mehr Verwandtschaft haben mit den Anklagen wegen der öffentlichen Verbrechen. Der wesentliche Unterschied liegt vielmehr darin, daß der Anstoß zum Strafverfahren bei den Delictsobligationen nicht auf eine gemeinsame Berechtigung und Verpflichtung aller Bürger gegründet wird, sondern auf den freien Entschluß des Verletzten, in dessen Willkür es steht, die Strafe einzuklagen oder fallen zu lassen, der darin also eine Art von Begnadigungsrecht ausüben kann.

(i) Biener Beiträge zur Geschichte des Inquisitions-Processes Cap. 2.

(k) Beispiele: *L.* 2 § 2 *de L. Julia de ann.* (48. 12), *L.* 4 § 5 *ad L. Jul. pecul.* (48. 13), *L.* 6 § 2 *eod.*, *L.* 13 *eod.*

Unter der Kaiserregierung trat eine wichtige Veränderung in dem System der Privatstrafen ein, und zwar scheint dieselbe schon ziemlich frühe angefangen zu haben, indem sie zur Zeit der classischen Juristen schon als abgeschlossen erscheint. Die Privatstrafen mußten oft als unzureichend erscheinen, wenn nämlich der Verletzer eine ehrlose und unbemittelte Person war (l); zugleich mußte ein Beweggrund derselben, die Verhütung der Privatrache, als vermindert erscheinen, je mehr sich die Staatsanstalten entwickelten, und mildere Sitten allgemeiner wurden. Daher trat nun folgende neue Einrichtung an die Stelle der bisher dargestellten, die von alter Zeit her bestanden hatte. Jeder, der eine Privatstrafe aus einem Delict fordern konnte, sollte nunmehr die Wahl haben, entweder diese Klage, so wie bisher, vor dem Civilrichter geltend zu machen, oder vor dem Criminalrichter als Ankläger für ein extraordinarium crimen aufzutreten. Wählte er diesen letzten Weg, so mußte ihm in jedem Fall der Criminalrichter zunächst den Ersatz des zugefügten Schadens (z. B. die Rückgabe der gestohlenen Sache) verschaffen; es stand aber ganz in dem Ermessen des Richters, welche öffentliche Strafe er außerdem verhängen wollte. Der Weg der Strafklage vor dem Civilrichter war nunmehr ausgeschlossen (m).

(l) *L.* 35 *de injur.* (47. 10). „Si quis injuriam atrocem fecerit, *qui contemnere injuriarum judicium possit ob infamiam suam et egestatem:* praetor acriter exequi hanc rem debet, et eos, qui injuriam fecerunt, coercere".

(m) *L.* 56 § 1 *de furtis* (47. 2.)

Folgende Bemerkungen mögen dazu dienen, diese wichtige Neuerung in ihr volles Licht zu setzen.

Dieselbe wird zunächst, und mit besonderem Nachdruck, ausgesprochen in Anwendung auf den Diebstahl (n), und auf die Injurie (o). Daneben aber wird sie auch anerkannt als eine allgemeine Regel für die Strafklagen aus den Delictsobligationen überhaupt (p).

Wir können an diesem Ort ganz absehen von der verwickelten Frage, wie die Concurrenz mehrerer Delictsklagen und öffentlichen Strafen behandelt werden soll, wenn eine und dieselbe materielle Handlung den Begriff mehrerer Rechtsverletzungen an sich trägt, also gleichzeitig unter verschiedene Strafgesetze bezogen werden kann (q). Wir wollen uns vielmehr auf den einfachen Fall beschränken, auf welchen sich die eben angedeutete Neuerung im Römischen Recht bezieht. Dieser Fall ist so zu denken, daß dieselbe materielle Handlung auch nur eine einzige Beziehung der Strafbarkeit darbietet, indem z. B. von einem einfachen Diebstahl die Rede ist. In einem solchen Fall nun soll

(n) *L.* 56 § 1 *L.* 92 *de furtis* (47. 2).

(o) § 10 *J. de injur.* (4. 4), *L.* 6 *L.* 45 *de injur.* (47. 10).

(p) *L.* 3 *de priv. delictis* (47. 1). Die scheinbare Allgemeinheit dieser Stelle darf doch nicht zu buchstäblich genommen werden; gemeint waren wohl nur solche Handlungen, die eine criminelle Natur hatten. Bei dem damnum injuria datum dachte wohl Niemand an ein extraordinarium crimen, und doch entsprang die actio L. Aquiliae gewiß ex maleficio.

(q) Vgl. Savigny vermischte Schriften B. 2 Num. XXXVII. und: System B. 5 § 234. — Die hier von mir aufgestellte Lehre wird ausführlich bestritten von Vangerow § 572.

der Verletzte die Wahl haben zwischen der Klage auf Privatstrafe und der Anklage auf öffentliche Strafe wegen eines extraordinarium crimen.

Faßt man nun die Neuerung abstracterweise so auf, daß alle bisherigen Delictsobligationen zugleich extraordinaria crimina, in voller Ausdehnung des Wortes, geworden wären, so hätte nunmehr der Verletzer erwarten müssen, daß der Verletzte die Strafklage vor dem Civilrichter, und außerdem irgend ein Fremder die Anklage vor dem Criminalrichter, gegen ihn angestellt hätte, so daß ihn die doppelte Strafe getroffen hätte; denn ausdrücklich gesagt wird es nicht, daß das gemeinsame Recht aller Bürger auf die Anklage vor dem Criminalrichter in diesen Fällen nicht gelten solle. Allein die Absicht der Neuerung ging gewiß nur dahin, daß lediglich der Verletzte die erwähnte Wahl solle treffen können, und auch die Worte der allgemeinen Stelle über die neue Einrichtung (Note p) deuten ganz auf diese Absicht. Auch würde die regelmäßig doppelte Strafe für den einfachen Diebstahl und andere einfache Privatdelicte mit allgemeinen Grundsätzen allzu sehr im Widerspruch stehen, und durch kein, auch nur scheinbares, Motiv gerechtfertigt werden können. — Allerdings findet sich Ein Fall, in welchem die öffentliche Strafe noch neben der Privatstrafe eintreten sollte. Wenn ein Zollpächter ohne Rechtsgrund Zoll eingetrieben hatte, so sollte er, neben der Rückzahlung des eingetriebenen Geldes, als Strafe die dreifache oder einfache Summe entrichten, je nachdem er mit oder ohne Gewalt

das Unrecht begangen hatte. Daneben aber sollte ihn eine willkürliche öffentliche Strafe treffen (r). Aber gerade hier ist es auch recht einleuchtend, daß nicht eine einfache Rechtsverletzung vorliegt, sondern daß vielmehr zwei ganz verschiedene Rechtsverletzungen in einer und derselben materiellen Handlung vereinigt sind, deren jede ihre volle Strafe verdient (Note q). Denn der Zollpächter verletzte erstlich das Recht der Privatperson, welcher er willkürlich Geld abnahm, zweitens aber das Staatsinteresse, welches stets durch ungerechte Ausübung der vom Staat übertragenen Befugnisse gefährdet wird. Diese zweifache Beziehung der Handlung wird auch in der angeführten Stelle (Note r) deutlich unterschieden und anerkannt.

Die öffentliche Strafe, die jetzt neben die Privatstrafe, je nach der Wahl des Verletzten, gestellt wurde, scheint dem Bedürfniß dieser neueren Zeit mehr entsprochen zu haben, als die Privatstrafe. Wenigstens bemerken die alten Juristen, daß die öffentliche nun häufiger zur Anwendung komme (s). So erscheint also das alte System der Privatstrafen gewissermaßen als absterbend.

(r) *L* 9 § 5 *de publicanis* (39. 4). „Quod illicite publice privatimque exactum est, cum altero tanto passis injuriam exsolvitur: per vim vero extortum cum poena tripli restituitur. Amplius extra ordinem plectuntur; alterum enim utilitas privatorum, alterum vigor publicae disciplinae postulat“.

(s) *L.* 92 *de furtis* (47. 2). „Meminisse oportebit, nunc furti *plerumque* criminaliter agi, et eum, qui agit, in crimen subscribere“ . . . *L.* 45 *de injur.* (47. 10). „De injuria nunc extra ordinem ex causa et persona statui *solet*“ . . .

In dieser Gestalt finden wir die Privatstrafen im Justinianischen Recht, mit dessen Quellen sie herüber nach Deutschland gekommen sind.

In Deutschland nun war von sehr alter Zeit her ein System von Privatstrafen in viel größerer Ausdehnung, als bei den Römern, angewendet worden. Die alten Völkergesetze enthalten großentheils Listen von Strafgeldern, augenscheinlich dazu bestimmt, die Privatrache abzuwenden. Diese Compositionen der Völkergesetze sind unzweifelhaft schon früh außer Gebrauch gekommen. Dagegen hat sich hier fortschreitend ein System des Criminalrechts, gegründet auf öffentliche Strafen, ausgebildet; in der ersten Hälfte des sechszehnten Jahrhunderts durch ein großes Reichsgesetz, seitdem durch wetteifernde Gesetzgebung einzelner Staaten. Daneben aber wurde der Criminalprozeß ausgebildet, gegründet auf die Thätigkeit der öffentlichen Beamten.

In dieser Lage der Sache mußte sich seit langer Zeit die Frage aufdrängen, wie sich das oben dargestellte System der Römischen Privatstrafen, verbunden mit dem Wahlrecht des Verletzten, verhalte zu der einheimischen Criminalgesetzgebung, die sich in einer ganz anderen Richtung bewegt.

Diese Frage nach der fortwährenden Geltung der Römischen Privatstrafen, die von jeher als lebhafte Streitfrage behandelt worden ist, soll nunmehr untersucht werden.

§. 84.

II. Delict. B. Privatstrafe. Heutiges Recht.

Schriftsteller (a):

Thomasius de usu actionum poenalium. Halae 1693. (Diss. Vol. 1 N. 20.)

Gonne de poenis lucro actoris cedentibus. Erlangae 1747.

Glück B. 3 S. 551.

Gruner de poenis Romanorum privatis. Lips. 1805.

Der Streit betrifft nicht die einseitigen Strafklagen: so ist z. B. die heutige Gültigkeit der actio L. Aquiliae, insofern durch sie der reine Schadensersatz gefordert wird, nie bezweifelt worden (b). Der Streit betrifft also nur die

(a) Die drei ersten unter diesen Schriftstellern verneinen die heutige Gültigkeit der Privatstrafen, der vierte bejaht sie (doch mit Einschränkungen).

(b) Zwar bestreitet Thomasius C. 3 § 15 die Gültigkeit der doli actio, aber nicht als einer Strafklage, da sie ja auf reine Entschädigung geht, sondern aus dem irrigen Grunde, daß sie blos neben den stricti juris actiones gegolten hätte, die wir nicht mehr haben. Er übersieht, daß diese Klage gar nicht blos auf Contractsverhältnisse anwendbar ist, sondern auf jeden Betrug, wodurch ein Anderer, auch unabhängig von irgend einem Contracte, in Nachtheil versetzt wird.

Privatstrafen. — Er betrifft also auch nicht einige Klagen, die zwar den doppelten Werth einfordern, aber nicht als Strafe, sondern als ein, in besonderer und positiver Weise, abgeschätztes Interesse. Dahin gehört die actio de tigno juncto gegen den redlichen Besitzer des in einem Gebäude enthaltenen fremden Baumaterials (c). Eben so die actio de rationibus distrahendis, die als reine Interessenklage dem Betheiligten zur Wahl gestellt ist neben der actio tutelae (d), ganz unabhängig von den daneben noch möglicherweise geltenden Strafklagen. Diese Klagen also könnten noch jetzt angewendet werden, ohne Rücksicht auf die Entscheidung des hier vorliegenden Streites.

Dasselbe muß behauptet werden von den Popularklagen, die zwar auch wahre Strafklagen sind, und zwar zweiseitige Strafklagen, aber gar nicht auf Obligationen beruhen (§ 83), also nicht in dasjenige Gebiet gehören, auf welchem wir uns mit der ganzen gegenwärtigen Untersuchung befinden. — Von diesen aber muß aus folgendem Grunde behauptet werden, daß an eine heutige Anwendung derselben

(c) *L.* 7 § 10 *de adqu. rer. dom.* (41. 1), *L.* 23 § 6 *de R. V.* (6. 1). Gegen den unredlichen Besitzer ist es eine Strafklage. *L.* 1. 2 *de tigno juncto* (47. 3). Vgl. Westenberg de causis oblig. Diss. 6 C. 2. 3. — Der Vorwurf der Härte gegen den redlichen Besitzer wird dadurch beseitigt, daß es dem Besitzer frei steht, das Material heraus zu nehmen und abzuliefern, wenn er die Kosten daran wenden will.

(d) *L.* 1 § 19—23 *L.* 2 *de tutelae* (27. 3), *L.* 55 §. 1 *de admin.* (26. 7). Vgl. System B. 5 S. 58. 59. — Es ist merkwürdig, daß die beiden hier zusammengestellten Klagen aus den Zwölf Tafeln herrühren.

gar nicht gedacht werden kann. Sie hängen unauflöslich zusammen mit einem publicistischen Verhältniß der Römischen Bürger, wovon sich in unseren heutigen Verfassungen (mögen sie monarchische oder republikanische seyn) keine Spur findet. In ihnen stellte gleichsam jeder Römische Bürger einen Staatsanwalt vor, der im öffentlichen Interesse eine Geldstrafe verfolgte, und dem dafür, als eine Art von Besoldung für diese öffentliche Thätigkeit, der Gewinn der eingeklagten Summe gestattet war.

Wenn wir nun auch die hier aufgestellten Gränzen der vorliegenden Streitfrage anerkennen, so bleibt noch immer der Umfang und die Wichtigkeit derselben so erheblich, daß sie bedeutender erscheint, als die meisten anderen Controversen, die im Gebiete des heutigen Römischen Rechts erhoben zu werden pflegen.

Die Gründe, welche von den Vertheidigern der beiden extremen Meinungen aufgestellt zu werden pflegen, haben eine so abstracte Natur, daß sie nicht geeignet sind, eine überzeugende endliche Entscheidung herbei zu führen.

Die Vertheidiger der heutigen Geltung der Römischen Privatstrafen berufen sich zunächst auf die, von keiner Seite bezweifelte, Aufnahme des Römischen Privatrechts im Ganzen (e); die Frage ist aber gerade die, ob im vorliegenden Fall Grund zu einer Ausnahme von dieser Regel vorhanden seyn möge. — Sie berufen sich ferner auf ein-

(e) Gruner p. 38.

zelne Richtersprüche, in welchen auf Privatstrafen erkannt worden sey (f). Allein diese Fälle sind so selten, daß sie als Zeugnisse für die heutige Geltung nicht aufgestellt werden können, und daß daher die Gegner guten Grund haben, wenn sie darin bloße Irrthümer einzelner Richter erkennen wollen. (g).

Die Gegner der heutigen Geltung behaupten, die Privatstrafen seyen abgeschafft durch Nichtgebrauch, oder vielmehr sie seyen niemals mit dem übrigen Römischen Recht in Deutschland aufgenommen worden. Gesetzt nun, es wäre nicht ein einziger Fall wirklicher Anwendung nachgewiesen, wovon so eben das Gegentheil bemerkt worden ist (Note f), so würde selbst dieser Umstand nicht entscheidend seyn. Denn das Römische Recht hat die Anwendung der Privatstrafen nicht unmittelbar dem Richter vorgeschrieben, sondern in die freie Willkür des Verletzten gestellt. Wenn nun davon zufällig kein Gebrauch gemacht worden ist, so liegt darin kein Grund, die fortdauernde Gültigkeit der Rechtsregel zu verneinen (h). Dazu wären wir nur dann berechtigt, wenn Fälle nachgewiesen würden, in welchen der Verletzte die Privatstrafe eingeklagt hätte, und vom Richter abgewiesen worden wäre. — Als einen zweiten Grund

(f) Gruner p. 40.

(g) Vgl. System B. 1 S. 97. 173—175. — Der scheinbarste Grund für diese Meinung liegt in einer Anerkennung der Carolina Art. 157. 158. Davon wird sogleich ausführlich die Rede seyn (§ 84. p).

(h) Gruner p. 42.

hat man geltend gemacht, daß die Privatstrafen hauptsächlich den Zweck hätten, der Privatrache vorzubeugen, wovon aber, nach unseren Einrichtungen, Nichts mehr zu befürchten sey (i). Darauf ist aber mit Recht erwiedert worden, daß diese Rücksicht den Gesetzgeber bestimmen könne, die Privatstrafen abzuschaffen, nicht aber den Richter, sie außer Anwendung zu lassen, so lange das positive Recht sie nicht abgeschafft habe (k). — Endlich als einen dritten Grund könnte man es geltend machen, daß die Strafen überhaupt dazu dienen sollten, die Heiligkeit des Rechts aufrecht zu halten, und daß es dem reinen Sinn der deutschen Nation widersprechen würde, wenn der Verletzte dadurch eine Bereicherung erlangen sollte. Dieser Grund läßt sich indessen am Leichtesten und Sichersten widerlegen. In den alten deutschen Völkergesetzen war das System der Privatstrafen weit allgemeiner und ausschließender durchgeführt, als im Römischen Recht. In einem Reichsgesetze von 1495 wird auf den Bruch des Landfriedens eine Geldstrafe von Zwei Tausend Mark Goldes gedroht, welche zur Hälfte dem Beschädigten zufallen soll; dieselbe Strafe wird in einem Reichsgesetz von 1548 wiederholt (l). Eben so bestimmt die Carolina für den Diebstahl, daß eine Geldstrafe an den Bestohlenen gezahlt werden soll (Note g).

Um nun der endlichen Lösung der Streitfrage näher

(i) Gonne § 31. 32.

(k) Gruner p. 44.

(l) Neue Sammlung der Reichsabschiede Th. 2 S. 13 S. 576.

zu treten, will ich zunächst versuchen, die Theile der Frage, deren Entscheidung ich für völlig gewiß halte, auszuscheiden, um dadurch die zweifelhaften Theile in möglichst enge Gränzen einzuschließen. Zu diesem Zweck will ich die mit Privatstrafen belegten Delicte in drei Gruppen zerlegen. Zur ersten Gruppe rechne ich diejenigen Delicte, deren Bestrafung für die öffentliche Sicherheit vorzugsweise wichtig ist, und die daher ganz besonders gemeint waren, indem das neuere Römische Recht, neben die alte Privatstrafe, eine Anklage auf öffentliche Strafe stellte, je nach der freien Wahl des Verletzten (§ 83. p). Es gehört dahin die zahlreiche Familie der Entwendungen in ihren vielfachen Gestalten. Hier ist die heutige Geltung der Privatstrafe entschieden zu verneinen. — In die zweite Gruppe setze ich allein die Injurie mit den verschiedenen Gestalten der durch sie erzeugten Klage, da diese eine eigenthümliche Stellung einnimmt, und daher eine abgesonderte Betrachtung erfordert. Hier ist die heutige Geltung der Privatstrafe entschieden zu bejahen. — Zur dritten Gruppe gehören dann alle übrigen Delicte, wobei die Fortdauer der Privatstrafe als zweifelhaft angesehen werden kann, und die weder zahlreich noch von besonderer Erheblichkeit sind.

Erste Gruppe. Die Entwendungen mit oder ohne Gewalt. Dahin gehören folgende Strafklagen (m):

(m) Nach dem hier aufgestellten Gesichtspunkt kommt es auf erschöpfende Vollständigkeit bei der folgenden Uebersicht der Strafklagen nicht an. Vgl. übrigens Gruner p. 20 — 35. In allen diesen

actio furti manifesti und nec manifesti.
- vi bonorum raptorum (n).
- furti adversus nautas.
- arborum furtim caesarum.
- de tigno juncto gegen den unredlichen Besitzer.

In diesen Fällen bestand im älteren Recht eine bloße Privatstrafe, im neueren Recht wurde dem Verletzten die Wahl gelassen zwischen der Privatstrafe und der Anklage auf öffentliche Strafe, welche letzte im Laufe der Zeit immer häufiger wurde (§ 83). Doch konnte er auch beide Arten der Verfolgung unterlassen, also die Verletzung straflos machen.

Im heutigen Recht nun hat sich die Sache dahin geändert, daß für alle diese Fälle eine öffentliche Strafe eingetreten ist, und zwar nicht mehr nach dem Gutdünken des Verletzten, sondern durch amtliches Einschreiten des Richters. Dieses geschah in der Hauptsache schon durch die Carolina, es hat sich aber durch die Gesetzgebung einzelner Länder, und durch die in die Praxis übergegangene wissenschaftliche Bearbeitung des Criminalrechts, noch weit vollständiger entwickelt und ausgebildet.

Fällen ist Gegenstand der Strafe bald der einfache Werth (außer dem Ersatz selbst), bald der zweifache, dreifache, vierfache Werth der entwendeten oder beschädigten Sache.

(n) Dahin gehört, außer dem gewaltsamen Raube, auch die gewaltsame Beschädigung; ferner steht es der Gewaltthätigkeit gleich, wenn Raub oder Beschädigung vorkommen während eines Auflaufs, oder einer Feuersbrunst u. s. w., oder vermittelst mehrerer zu diesem Zweck versammelter Menschen.

Man kann sagen, daß in dieser neuen Wendung der Sache ein Fortschritt auf dem schon im neuesten Römischen Recht eingeschlagenen Wege enthalten war. Denn auch in diesem waren allmälig die öffentlichen Strafen bei den hier vorliegenden Delicten überwiegend geworden, also das ältere System der Privatstrafen im Absterben begriffen (§ 83. s).

Aber mit diesem heutigen Zustand des Rechts war auch das System der Römischen Privatstrafen völlig unvereinbar, und wir müssen die heutige Geltung derselben für die hier erwähnte Gruppe von Delicten bestimmt verneinen, obgleich sie niemals durch ein Gesetz ausdrücklich aufgehoben worden sind. Denn da alle diese Delicte von dem Richter von Amtswegen verfolgt und mit öffentlichen Strafen belegt werden müssen, so ist dadurch die im Römischen Recht anerkannte Thätigkeit und Willkür des Verletzten unmöglich geworden. Dieser kann nunmehr weder die Handlung durch Unthätigkeit straflos machen, noch auch eine Privatstrafe einklagen. Denn wollten wir ihm Dieses Letzte gestatten, so würden wir nur scheinbar das Römische Recht anwenden, in der That aber etwas ganz Anderes, ihm Widersprechendes, zur Ausführung bringen. Der Verletzer müßte dann zwei vereinigte Strafen leiden, die Privatstrafe und die öffentliche, welches dem Römischen Recht geradezu entgegen ist (o).

(o) Gruner p. 54 p. 78—80. Vgl. System B. 5 S. 250. 251. — Nur muß nochmals daran erinnert werden, daß hier stets von einem

Aber gerade bei dem häufigsten und wichtigsten der hierher gehörenden Fälle scheint die Carolina die heutige Anwendung der Römischen Privatstrafen zu unterstützen, indem sie die Erstattung des zweifachen oder vierfachen Werthes an den Bestohlenen, je nach dem Unterschied von furtum manifestum und nec manifestum, vorschreibt (p). Auch zweifle ich nicht, daß diese Vorschrift als eine ehrende Anerkennung der Römischen Rechtsregel aufgefaßt werden müsse. Dennoch ist die daraus herzuleitende Bestätigung der Römischen Privatstrafen nur scheinbar. Denn das Wesen dieser Privatstrafen bestand gar nicht in der Bereicherung des Verletzten, die dabei ein untergeordnetes Moment bildete, sondern vielmehr in der Macht des Verletzten, eine Privatstrafe oder öffentliche Strafe zu veranlassen, oder auch die Straflosigkeit zu bewirken. Davon nun findet sich in der angeführten Stelle der Carolina keine Spur, die hier, wie überall, nur die amtliche Thätigkeit des Richters walten lassen will. Es kommt aber noch als eben so entscheidender Grund der Umstand hinzu, daß die angeführte Stelle der Carolina entweder niemals in die Praxis über-

einfachen Delict die Rede ist, z. B. einem furtum manifestum und nec manifestum, nicht von der Concurrenz mehrerer Delicte (oder auch öffentlicher Verbrechen) in einer und derselben materiellen Handlung, wobei allerdings mehrere Strafen vereinigt vorkommen können. Vgl. § 83. q. Die Zweifel und Streitigkeiten über diese verwickelte Frage können durchaus keinen Einfluß haben auf die Entscheidung der hier vorliegenden, weit einfacheren Frage.

(p) Art. 157. 158.

gegangen ist, oder doch schon längst zu gelten völlig aufgehört hat (q).

Zweite Gruppe. Die Injurienklage in ihren verschiedenen Gestalten.

In diesem Theil der Untersuchung haben wir den Vortheil, daß wir über den thatsächlichen Zustand der Sache durchaus nicht im Zweifel sind. Die Römische, auf Geld gerichtete, Privatstrafe ist in beständigem Gebrauch geblieben; sie ist aber von jeher dadurch noch sehr erweitert worden, daß man dem Verletzten die Wahl gelassen hat, entweder auf Geld, oder auf Abbitte, Widerruf, oder Ehrenerklärung zu klagen (r). Ja selbst ein Deutsches Reichsgesetz hat die Injurienklagen auf Geld und auf Widerruf ausdrücklich anerkannt (s). Daher wird dieser Zustand des praktischen Rechts selbst von den sonst unbedingten Gegnern der Privatstrafen zugegeben, und nur als unpassend getadelt (t). Auch läßt sich ein innerer Grund angeben, weshalb dieses Delict eine eigenthümliche Behandlung erfahren hat. Das Bedürfniß der Abwehr der Privatrache, welches bei anderen Delicten mehr und mehr zurückgetreten ist, hat sich bei den Injurien nicht nur erhalten, sondern, in Vergleichung unseres heutigen Zustandes mit dem der Römer, noch ver-

(q) Meister princ. j. crim. § 211. Heffter Criminalrecht § 499.

(r) Feuerbach Peinliches Recht § 293. 294.

(s) Kammergerichtsordnung von 1555 Th. 2 Tit. 28 § 4.

(t) Thomasius C. 3 § 50. 56.

mehrt, wegen der wichtigen Rücksicht auf die Duelle als häufige Folgen der Injurien (u).

Dennoch scheint in diesen Behauptungen auf den ersten Blick eine Inconsequenz zu liegen. Die Römischen Juristen scheinen die Injurien auf denselben Fuß zu behandeln wie den Diebstahl; in beiden sollte zuerst blos eine Privatstrafe gelten, dann die Wahl zwischen Privatstrafe und öffentlicher Strafe, und zwar so, daß zuletzt die öffentliche überwog (§ 83. n. o. s.). Dabei scheint es auffallend, daß dennoch eine ganz verschiedene Behandlung für die Injurien und die bisher abgehandelten Delicte eintreten soll.

Zunächst ist aber zu erwägen, daß für die früher besprochenen Delicte eine amtliche Untersuchung und Bestrafung schon in der Carolina angeordnet war, und daß die Gesetzgebungen der einzelnen Länder darauf fortgebaut haben. Die Injurien dagegen kommen in der Carolina nur in einer sehr beschränkten einzelnen Anwendung vor (v). Auch hat bei ihnen sowohl die Theorie und die Praxis, als auch die Gesetzgebung, die Regel anerkannt, daß eine Bestrafung nur auf Antrag des Verletzten eintreten soll, und zwar ohne Unterschied der öffentlichen und der Privatstrafe (w).

(u) Gonne §. 32.

(v) Nämlich nur in Beziehung auf die Schmähschrift. Art. 110.

(w) Weber über Injurien B. 2 S. 79 fg. Feuerbach Peinliches Recht § 292. Eben so in dem Preußischen Strafgesetzbuch von 1851 § 160.

Was insbesondere die öffentlichen Strafen der Injurien betrifft, so treten diese nur in besonders schweren Fällen ein, deren Eigenthümlichkeit jedoch in sehr verschiedenen Umständen begründet seyn kann (x).

Zu beachten ist dabei noch die verschiedene Auffassung des Begriffs der Injurie, die bei den Römern, in Vergleichung mit der Gesetzgebung und der Rechtswissenschaft neuerer Zeit, wahrzunehmen ist. Die Römische Auffassung schließt sich an die Zwölf Tafeln an, in welchen schwere Körperverletzungen, wie abgehauene oder zerbrochene Glieder, in den Begriff der Injurien herein gezogen werden (y). Hieraus, so wie aus manchen anderen einzelnen Anwendungen (z), ist es klar, daß die Römer den Begriff so aufgefaßt haben, daß darunter jeder Eingriff in die persönliche Würde und Selbstständigkeit zu verstehen ist, wovon die eigentliche Ehrverletzung nur eine einzelne, wenngleich die wichtigste und ausgedehnteste, Anwendung bildet. Dagegen ist in neuerer Zeit der reine Begriff der Ehrverletzung als solcher mehr hervorgehoben und festgehalten worden (aa).

(x) Weber über Injurien B. 2 S. 71 fg.

(y) Gajus Lib. 3 § 223.

(z) Beispiel in *L.* 13 § 7 *de injur.* (47. 10).

(aa) In diesem Sinn wird in neueren Criminalgesetzen die Körperverletzung von den Injurien völlig abgesondert. Nun kann zwar allerdings eine Ehrverletzung durch thätliche Mißhandlung in eine schwere Verwundung übergehen; dann sind in einer und derselben Handlung zwei Verbrechen vereinigt, unter welchen die Ehrverletzung nur eine untergeordnete Stellung einnimmt, und von der Körperverletzung als solcher in dem Urtheil vielleicht ganz absorbirt wird. Wenn aber ein Dieb

Dritte Gruppe. Alle übrigen Delicte.

Bei diesen greift der entscheidende Grund nicht ein, welcher bei den Fällen der ersten Gruppe gegen die Anwendbarkeit der Privatstrafen geltend gemacht worden ist. Sie bilden also gleichsam ein neutrales Gebiet, und wir könnten sie harmlose Strafklagen nennen, welche in ihrer Unbedeutendheit immerhin angewendet werden könnten, ohne den Zustand unseres praktischen Rechts im Geringsten zu fördern oder zu stören. Ob wir sie wirklich als geltend ansehen dürfen, soll nun sogleich näher untersucht werden, nachdem zuvor eine Anzahl derselben abgesondert seyn wird, die gewiß nicht gelten können, weil die Bedingungen ihrer Anwendbarkeit im heutigen Recht verschwunden sind. Dahin rechne ich folgende Fälle:

1. Actio de servo corrupto. Dig. 11. 3. Wir haben keine Sklaven, also auch nicht die eben genannte Klage. Allerdings haben Manche behauptet, daß für uns die von Paulus erwähnte utilis actio gelten müsse, die sich auf die Corruption von Kindern in väterlicher Gewalt beziehen soll. Allein bei dieser ist nicht die Rede von einer Bezahlung des doppelten Werthes, der auf sie auch gar nicht paßt, und daher gehört sie überhaupt nicht unter die zweiseitigen Strafklagen (bb).

oder Räuber zum Zweck seines Verbrechens den Bestohlenen verwundet, so kann dabei von einer Injurie nicht die Rede seyn, weil an die Verletzung der Ehre gar nicht gedacht wird.

(bb) *L.* 14 § 1 *de servo corr.* (11. 3), verglichen mit *L.* 1 *pr.*

2. Actio quod metus causa auf das Vierfache (cc).

3. Actio redhibitoria, auf den doppelten Werth, wenn der Verkäufer den Kaufpreis nicht freiwillig zurückgiebt (dd).

4. Actio depositi auf den doppelten Werth, wenn die Sache bei einem öffentlichen Unglück deponirt wurde (ee).

Die drei zuletzt genannten Klagen können nicht mehr gelten, weil sie nur als arbiträre Klagen, im Fall fruchtloser Aufforderung des Richters, eine Strafe mit sich führten, für das heutige Recht aber die arbiträren Klagen mit ihren eigenthümlichen Folgen verschwunden sind (ff).

5. Diejenigen Klagen, welche nur dann auf das Doppelte gehen, wenn der Beklagte die vom Kläger aufgestellte Thatsache unredlicherweise abläugnet (gg). Darin liegt ein eigenthümliches Institut des Römischen Prozesses, welches in das heutige Prozeßrecht niemals Eingang gefunden hat.

6. Actio de calumniatoribus auf vierfachen Ersatz gegen Denjenigen, welcher Geld oder Geldeswerth annimmt,

eod. Ausführlich handelt davon Thomasius p. 790 sq.

(cc) *L.* 14 § 1 *quod metus* (4. 2).

(dd) *L.* 45 *de aedil. ed.* (21. 1).

(ee) *L.* 1 § 1 *depos.* (16. 3), § 17 *J. de act.* (4. 6).

(ff) System B. 5 § 223. 224.

(gg) § 26 *J. de act.* (4. 6), §. 1 *J. de poena tem. litig.* (4. 16). Vgl. Gajus Lib. 4 §. 9. — Es gehört dahin die actio L. Aquiliae und die actio depositi in dem Fall, welcher schon in der Stelle Note ee angeführt worden ist. Diese letzte Klage ist also als Strafklage aus zwei verschiedenen, von einander unabhängigen, Gründen für uns unanwendbar.

um eine Civil- oder Criminalklage anzustellen oder zu unterlassen, wenn er von dem Ungrund dieser Klage überzeugt ist (Dig. 3. 6). Diese Klage gehört, eben so wie die unmittelbar vorher erwähnten Strafklagen, zu den unserem Prozeßrecht fremden Instituten des Römischen Prozesses, die dem unredlichen Mißbrauch von Rechtsmitteln vorbeugen sollten. Die Richtigkeit dieser Auffassung ergiebt sich schon aus der Stellung, welche dieser Lehre in den Digesten gegeben worden ist, mitten unter Instituten des Prozesses.

Wenn wir nun die eben aufgezählten Strafklagen, als gewiß nicht mehr anwendbar, abrechnen, so dürften etwa noch folgende Fälle übrig bleiben, bei welchen die heutige Gültigkeit der Privatstrafe als zulässiger Gegenstand eines Zweifels und Streites zugegeben werden könnte.

I. Actio L. Aquiliae wegen Zerstörung oder Beschädigung fremder Sachen, welche einen künstlichen Strafzusatz dadurch erhalten kann, daß es dem Verletzten gestattet ist, den Schaden nicht gerade nach der Zeit der Verletzung zu berechnen, sondern nach irgend einem früheren Zeitpunkt innerhalb des letzten Jahres oder der letzten Dreißig Tage (je nach der Verschiedenheit der Fälle), wenn ihm diese künstliche Berechnung mehr Vortheil bringt (hh).

(hh) *L.* 2 *pr. L.* 27 § 5 *ad L. Aquil.* (9. 2). — Die Privatstrafe des doppelten Werthes wegen der unredlichen Abläugnung muß in jedem Fall verneint werden (Note gg). Die Strafe, welche hier als möglich zugegeben wird, ist deshalb unerheblich, weil es ganz vom Zufall abhängt, ob aus der künstlichen Berechnung rückwärts irgend ein erweislicher Strafzusatz hervorgeht oder nicht.

II. Actio de effusis et dejectis auf den doppelten Werth, wenn fremde Sachen durch Herabwerfen oder Ausgießen an einer öffentlichen Straße beschädigt werden (Dig. 9. 3).

III. Wenn ein Legat an Kirchen oder milde Stiftungen hinterlassen wird, und es der Erbe nicht freiwillig auszahlt, sondern eine Klage abwartet, so soll er zur Strafe den doppelten Werth entrichten (ii).

IV. Die Klage auf Widerruf einer Schenkung wegen grober Undankbarkeit des Beschenkten gegen den Schenker (kk).

In diesen Fällen würde es kein Bedenken haben, die Privatstrafe noch jetzt anzuwenden, und zwar blos weil das neueste Römische Recht, welches wir im Ganzen angenommen haben, sie anerkennt.

Indessen ist dagegen Folgendes zu erwägen. Die eben angegebenen, an sich höchst unbedeutenden, Strafklagen, wären für sich allein im Römischen Recht sicher niemals

(ii) *L.* 46 § 7 *C. de episc.* (1. 3), § 19. 26 *J. de act.* (4. 6).

(kk) System B. 4 § 168. 169. Allerdings kann man diese Klage auf Widerruf als reine Strafklage ansehen. Da sie indessen durch ihren Inhalt so wenig Aehnlichkeit mit den übrigen Strafklagen hat, so ist es vielleicht richtiger, sie in einen anderen Zusammenhang zu stellen, nämlich unter die positiven Einschränkungen der Schenkung. Dann läge dabei die Annahme zum Grunde, daß in jede Schenkung der stillschweigende Vorbehalt hinzu zu denken wäre, der Beschenkte werde sich jeder groben Undankbarkeit enthalten, und daß im entgegengesetzten Fall die Schenkung ungültig werden solle. Nach dieser Auffassung würde der erwähnte Widerruf unabhängig werden von unserer hier vorliegenden Streitfrage, und er würde unbedingte Gültigkeit haben für das heutige Recht.

aufgestellt worden. Sie wurden nur gehalten und getragen von den sehr wichtigen, oben abgehandelten, Strafklagen, die im heutigen Recht gewiß nicht mehr gelten, und selbst bei den Römern schon im Absterben begriffen waren (§ 83. s). Seitdem ihnen der in diesem Zusammenhang gegründete Halt entzogen worden ist, haben sie keinen inneren Anspruch mehr auf praktische Fortdauer. Nun ist zwar dieser Gesichtspunkt mehr für den Gesetzgeber von Bedeutung, als für den Richter, der durch den Zweifel an der Zweckmäßigkeit einer Regel des positiven Rechts, nicht abgehalten werden darf, die Regel anzuwenden. — Allein die von vielen Seiten bezeugte Thatsache, daß die zuletzt erwähnten Strafklagen in der heutigen Praxis längst außer Anwendung sind (ll), erhält durch jenen Umstand ein ganz neues, und sehr erhebliches, Gewicht. Der Nichtgebrauch derselben erscheint nämlich dadurch nicht mehr als ein blos zufälliger, der etwa auf bloßem Mangel an Aufmerksamkeit, sowohl bei den Richtern als den Parteien, beruht haben könnte. Vielmehr erscheint derselbe als die Folge des richtigen, wenn auch vielleicht nicht zum deutlichen Bewußtseyn entwickelten Gefühls, daß jene Klagen, im ganzen Zusammenhang un-

(ll) Die a. L. Aquiliae ist unter den zuletzt angeführten Klagen unstreitig die häufigste, und bei ihr müßte sich also die Geltung des künstlichen Strafzusatzes am leichtesten wahrnehmen lassen. Gerade hier aber wird die Geltung von den bewährtesten Schriftstellern verneint. Struvii syntagma Ex. 14 § 25. Stryk Lib. 9 T. 2 § 2. P. Voet. ad Inst. T. 2 p. 374.

seres praktischen Rechtszustandes, keinen Halt und keine innere Berechtigung fortwährender Geltung mehr haben (mm).

Als letzte Entscheidung in der hier geführten Untersuchung müssen wir demnach die Regel aufstellen, daß die Privatstrafen des Römischen Rechts, mit der einzigen Ausnahme der Injurienklage, im heutigen Recht nicht mehr anwendbar sind. Damit hat denn auch der größere Theil der Römischen Lehre von den Delictsobligationen für das heutige Recht seine Bedeutung verloren. Und so könnte man zweifeln, ob es sich rechtfertigen lasse, in dem besonderen Theil des Obligationenrechts die Delictsobligationen, als einen zweiten Haupttheil, neben die einzelnen Obligationen aus Verträgen zu stellen.

Dennoch dürfen wir diese Anordnung der Obligationen nicht aufgeben. Selbst wenn wir davon absehen wollten, daß aus inneren Gründen der Gegensatz der Verträge und Delicte, als der Hauptentstehungsgründe der Obligationen, festgehalten werden muß (nn), ist auch eine befriedigende Einsicht in den Zusammenhang des Römischen Obligationenrechts nur auf diesem Wege zu gewinnen. Hier konnte

(mm) Vgl. System B. 1 § 20 S. 93 fg.

(nn) Vgl. Pfordten Abhandlungen S. 306. 307.

es nur darauf ankommen, die Grundsätze aufzustellen; dem besonderen Theil des Obligationenrechts aber muß es vorbehalten bleiben, bei den einzelnen Obligationen ihre Bedeutung im System des Römischen Rechts darzustellen. Dieses ist schon deshalb unentbehrlich, weil nur daraus erkannt werden kann, welcher unter den oben angegebenen drei Gruppen jede Obligation zuzurechnen ist. Aber selbst die Untersuchung der Privatstrafen kann in dem System des heutigen Römischen Rechts nicht völlig abgelehnt werden, weil dieselben mit anderen, völlig praktischen, und wichtigen Rechtsinstituten auf vielfache Weise verwebt sind.

§. 85.

III. Variae causarum figurae.

In der Lehre von der ursprünglichen Entstehung der Obligationen sind bisher die zwei allgemeinsten Entstehungsgründe abgehandelt worden, nämlich die Verträge (§ 52—81), und die Delicte (§ 82—84). Es bleibt nur noch die Aufgabe zurück, auch für die übrigen Entstehungsgründe gemeinsame Gesichtspunkte aufzustellen, welche in unseren Rechtsquellen bald nur unter dieser allgemeinen Bezeichnung aufgeführt werden, bald mit den besonderen Namen von Quasicontracten und Quasidelicten, je nachdem sie mehr Verwandtschaft mit der Natur der Verträge oder der Delicte haben (§ 51).

Es läßt sich jedoch hierüber nur sehr wenig Allgemeines aufstellen, und zwar nur durch Rückweisung auf schon früher geführte Untersuchungen.

Die hierher gehörenden Entstehungsgründe beruhen theils auf freien Handlungen des Schuldners, theils auf Thatsachen, die dem Willen des Schuldners fremd sind, also in Beziehung auf ihn einen zufälligen Charakter an sich tragen.

Die ersten müssen gedacht werden als einseitige Handlungen (zum Unterschied von den Verträgen), und zugleich als erlaubte Handlungen (zum Unterschied von den Delicten).

Die letzten wiederum beruhen auf freien Handlungen des Glaubigers, oder auch auf Thatsachen, die nach beiden Seiten hin eine zufällige Natur haben.

Ueberall aber, wo eine freie Handlung, sey es des Schuldners oder des Glaubigers, zur Entstehung solcher Obligationen erforderlich ist, sind diejenigen Regeln festzuhalten, welche bereits an einem anderen Orte als Bedingungen für die juristische Wirksamkeit freier Handlungen aufgestellt worden sind (a).

(a) System B. 3 § 106—112.

Berlin, gedruckt in der Deckerschen Geheimen Ober-Hofbuchdruckerei.